سلسلة الرسائل العلمية (رسالة ماجستير)

الإلتزام بالصيانة

في

عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

(دراسة مقارنة)

مفهوم عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وخصائصها وشروطها
أحكام ضمان الالتزام بالصيانة دعوى الضمان - أسباب الإعفاء من الضمان

صادق عبد علي طريخم الركابي

دار الفكر والقانون
١ شارع الجلاء - أمام بوابة الجامعة
المنصورة - برج آية
تليفون: ٠٥٠٢٢٣٦٢٨١ - محمول: ٠١٠٦٠٥٧٧٦٨

الرسائل العلمية (رسالة ماجستير)

الإلتـــزام بـالصيـانـــة

في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتـة الأخرى

دراسـة مقارنـة

مفهـوم عقـود مقـاولات المبـانـي والمنشـآت الثابتـة الأخـرى وخصـائصهـا وشروطها - أحكـام ضمـان الالتـزام بالصيـانـة - دعـوى الضمـان - أسبـاب الإعفاء من الضمان

صادق عيد على طريخم الركابى

الطبعـة الأولى

٢٠١١

دار الفـكـر والقـانـون

للنشـر والتـوزيـع

رقم التسجيل

١ شـارع الجـلاء أمام بـوابـة الجـامـعـة - بـرج أيـة - المنصـورة

تليفاكس : ٠٥٠٢٢٢٥٦٧١ (٠٠٢) تليفـون : ٠٥٠٢٢٣٦٢٨١ (٠٠٢)

محمـول: ٠١٠٦٠٥٧٧٦٨ (٠٠٢)

الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

صادق عيد على طريخم الركابى

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية
١٦٧٦١

سنة الطبع : ٢٠١١

الترقيم الدولى : I . S . B . N
978 – 977 – 6253 – 45 - 8

دار الفكر والقانون
للنشر والتوزيع

١ شارع الجلاء أمام بوابة الجامعة - برج أبة - المنصورة
تليفاكس : ٠٥٠٢٢٣٥٦٧١ (٠٠٢) تليفون : ٢٨١، ٠٥٠٢٢٢ (٠٠٢)
محمول : ٠١٠٦٠٥٧٧٦٨ (٠٠٢)
المحامى
أحمد محمد أحمد سيد أحمد
darelfekr@hotmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢٩) ﴾

سورة النساء- الآية ٢٩

الإهداء

- الى والدي الغالي عبدعلي طريخم.. لقد تحملت الكثير من أجلنا، ولم نكن ندرك أو نفهم ما عانيته في سبيلنا إلا بعد إن إشتد عودنا، فأرجو منك العذر والصفح.

- الى والدتي أم ريسان.. ما أطيب قلبك، وما أدفأ حضنك، لو طفت كل الدنيا لا أجد حبا كحبك ولا حناناً كحنانك، فسامحيني.

- الى شقيقاتي أم ثائر وأم علاء وأم ميسر.. لا أنسى أبدا تضحياتكن من أجلي، لقد كنتن بحق الأم الثانية لي، فألف تحية حب وإعتزاز لكن.

- وأخيرا الى أشقائي المربي الفاضل الاستاذ ريسان أبو محمد والمهندس حيدر أبو تمام والدكتور هاني أبو مؤمل والمهندس وائل والأستاذ نبيل أبو محمد.. ما أسعدني بكم وما أجمل الدنيا بقربكم، لا أنسى أبدا الدموع التي ذرفتموها عند لقائنا بعد سنين من الغربة، ألف تحية حب وتقدير وإمتنان لكم.

شكر وتقديــر

إذا كان من الواجب تقديم الشكر والتقدير الى من كان له فضلا لا ينسى على جميع طلبة معهد البحوث والدراسات العربية في القاهرة فلا بد من تقديمه أولا الى الأستاذ الدكتور أحمد يوسف أحمد عميد المعهد الذي كان دائما سندا وعونا لجميع الطلبة العراقيين وكان قلبه وعقله مفتوحا لكل قضايانا ومشاكلنا التي لا حصر لها. وكذلك أشكر جميع أساتذة المعهد الأجلاء الذين هم بحق فخر لمصر وللعرب، فلم يبخلوا علينا بجهدهم ووقتهم وصبرهم، وكانت معارفهم وخبراتهم لا تقدر بثمن بالنسبة الينا، فأليهم مني كل الحب والتقدير والأحترام.

كما لا يفوتني أن أشيد بجهود أخي وصديقي الأستاذ الدكتور علي فوزي إبراهيم إستاذ القانون المدني بكلية القانون- جامعة بغداد، وأخي وصديقي الأستاذ الدكتور فراس عبدالمنعم عبدالله، أستاذ القانون الجنائي بنفس الكلية، لما قدماه لي من نصح ومشورة وما وفراه لي من مصادر من مكتبتيهما، فلهما مني كل الشكر والتقدير.

مقدمة

تمهيد

عرفت التشريعات الإنسانية منذ بواكير نشأتها ما يعرف بإلتزام أو ضمان المقاول. ومن أقدم التشريعات التي عالجت هذا الموضوع شريعة حمورابي الموضوعة في بابل بجنوب العراق خلال الفترة من ١٧٩٢- ١٧٥٠ ق.م. فقد ألزمت البنّاء أو المقاول في موادها من ٢٢٨-٢٣٣ بتعويض صاحب البناء أو إعادة بناء المبنى ثانية إذا ما حصل فيه أي تصدع أو تهدم. وإذا ما أدى إنهيار المبنى الى قتل من كان فيه، تتحول المسؤولية الى جنائية قد تصل عقوبتها الى سلب حياة البنّاء ذاته[1].

كما عالجت الشريعة الإسلامية عقد الإستصناع، الذي يدخل في نطاقه عقد المقاولة. فالاستصناع هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة ومطلوب صنعها[2]. وأوجبت الشريعة الضمان على الصانع إستناداً الى القاعدة الفقهية

---

١ - جاء في المواد ٢٢٨-٢٣٣ من شريعة حمورابي ما يلي:

المادة ٢٢٨: لو بنى معماري بيتاً لسيد وأكمله، على صاحب البيت أن يعطيه شيكلين من الفضة لكل سار (٥,١ ياردة مربعة) من البيت مكافأة له

المادة ٢٢٩: لو بنى معماري بيتا لسيد لكنه لم يجعله قويا وكانت النتيجة إن إنهار البيت وتسبب في موت صاحب البيت، يقتل المعماري.

المادة ٢٣٠: لو تسبب في قتل إبن صاحب البيت، يقتل إبن المعماري.

المادة ٢٣١: ولو تسبب في موت عبده يعوض عنه بعبد آخر.

المادة ٢٣٢: أما إن تسبب في إتلاف أملاك يعوض عن كل ما أتلف، ويجبر على أن يعيد بناء البيت الذي إنهار على نفقته الخاصة لأنه لم يقو أركانه.

المادة ٢٣٣: لو بنى معماري بناء لرجل ولم يتقن عمله مما تسبب في جعل أحد الجدران يفقد متانته، على ذلك المعماري أن يدعم ذلك الجدار من حسابه الخاص.

أنظر مجموعة من المؤلفين، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة أسامة سراس، دار علاء الدين، دمشق، سوريا، ط٢، ١٩٩٣،ص ١٢٦-١٢٦

٢ - د. الصديق محمد الامين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، (بلا دار نشر)، ط١، ١٩٦٧، ص ٤٥٧.

التي تقول يد الصانع يد ضمان[1]. وهذا التضمين منقول عن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم جميعا. فقد روي عن الخليفة الرابع علي بن أبي طالب عليه السلام قوله لا يصلح للناس إلا ذاك[2].

وقد عرفت القوانين المدنية المعاصرة ثلاثة أنواع من الضمانات على عاتق المقاول:

١. الضمان العشري، (أو الخمسي في بعض القوانين).
٢. ضمان كفاءة الأداء أو إنتظام العمل.
٣. ضمان تمام الإنجاز أو حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل، أو الإلتزام بالصيانة، أو الضمان السنوي.

فقد نصت معظم القوانين المدنية العربية والقانون المدني الفرنسي، بأن يضمن المقاول البناء الذي يشيده مدة عشر سنوات، وبعضها جعلتها خمس سنوات كالقانون المدني التونسي (مجلة الإلتزامات والعقود)[3] أو القانون المدني العراقي قبل تعديله في ١٩٧٣. وهذا الضمان يقصر مسؤولية المقاول على حالة التهدم الكلي أو الجزئي أو العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء. وجعلت هذه القوانين المهندس ملتزما بالتضامن مع المقاول بهذا الضمان.

وفي ٣ يناير ١٩٦٧، أدخل المشرع الفرنسي ضماناً ثانيا على عاتق المقاول، أسماه الضمان الثنائي، حيث جعل ضمان المقاول بالنسبة للأعمال الصغيرة

١- د. يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، القسم الأول، (بلا دار نشر)، ٢٠٠٢، ص ٢٢٣،

٢ - د. يوسف قاسم، المرجع نفسه، ص ٢٢٣.

٣- تنص المادة ٨٧٦ من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية على الآتي: "المقاول والمهندس المكلف من طرف المالك مسؤولان بمقتضى العرف في الخمس سنين الموالية لإتمام البناء أو غيره مما كلفا بأجرائه أو بمراقبته عن سقوط البناء كله أو بعضه أو تداعيه للسقوط على وجه واضح إن كان ذلك ناشئا عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض. لكن المهندس الذي رسم صورة البناء ولم يكلف بمراقبة الأشغال لا يضمن إلا عيوب رسمه. وتحسب الخمس سنين المذكورة من يوم تسلم المصنوع والقيام بالدعوى المذكورة لا يسمع إلا في الثلاثين يوما من يوم وقوع السقوط أو ظهور التداعي الذي يترتب عنه الضمان".

سنتين فقط. لكنه عاد وألغاه في ٤ يناير ١٩٧٨، وإستبدله بضمان آخر هو ضمان كفاءة الأداء أو إنتظام العمل الذي يلتزم المقاول بموجبه بضمان وظائف عناصر التجهيز القابلة للانفصال في المبنى مدة لا تقل عن سنتين إعتبارا من تاريخ التقبل.

ثم في نفس التاريخ أي في ٤ يناير ١٩٧٨، أدخل ضمانا ثالثا على عاتق المقاول، هو ضمان تمام الإنجاز او ما يعرف فقها بأسم الضمان السنوي، وفيه يلتزم المقاول بإصلاح أي خلل أو عيب يشير اليه رب العمل أما بطريق التحفظ عند التسلم أو بطريق الإشعار الكتابي بعد التسليم وذلك خلال فترة سنة من تاريخ تقبل الاعمال.

المشكلة البحثية

ظلت القوانين المدنية العربية، ومنها القانون المدني العراقي، مقتصرة في مجال الضمانات الملقاة على عاتق المقاول، على الضمان العشري. ولم تعرف ضمان الإلتزام بالصيانة، أو كما يعرف بالضمان السنوي. في حين عالجت معظم قوانينها الإدارية المنظمة لعقود الأشغال العامة هذا الضمان، ووضعت بعضا من أحكامه، وبقي ميدان تطبيقه مقتصرا على هذا النوع من العقود دون أن يمتد الى عقود القانون الخاص. كما كانت هذه الأحكام في الأعم الأغلب يشوبها الغموض واللبس. وترك القانون المدني العراقي موضوع ضمان الإلتزام بالصيانة لإرادة الطرفين يحددانه بما يشاءان حسبما تمليه مصلحتهما، إن شاءا نصا عليه في بنود العقد، فيكون ملزما للمقاول، وإن شاءا تركاه، فلا تتحقق المسؤولية على الأخير. بينما يقتضي الصالح العام توفير قدر من الحماية لرب العمل الذي يكون غالباً جاهلاً بأمور البناء، في مواجهة مقاول ضليع بهذا الفن وخبير في شؤونه مما يعرض مصلحة رب العمل ومصلحة الآخرين للخطر. وكان قصد المشرع من الضمان العشري الذي قرره في المادة ٨٧٠ مدني عراقي أو ٦٥١ مدني مصري هو توفير مثل هذه الحماية لرب العمل. لذا فان الضرورة والمصلحة تقتضي من المشرع العراقي النظر في موضوع إدخال هذا الضمان في نطاق إلتزامات المقاول

القانونية، كالضمان العشري، وألا يترك المقاول منفرداً برب العمل يفرض عليه ما يشاء من شروط دون أن يلتزم مقابل ذلك بالإلتزامات التي يفترض أن يؤديها كاملة الى رب العمل.

هدف البحث

يهدف البحث الى بيان النظام القانوني لضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. ويقصد بالنظام القانوني مجموعة القواعد القانونية التي تهدف الى تحقيق غرض معين مشترك يتميز بالتماسك بين قواعده، فهو لا يضم قواعد متباينة عن بعضها بل يتضمن قواعد تتجمع حول وقائع إجتماعية محددة من حيث الغاية، فهذا النظام كما يصفه العلامة أهرنج يمثل الهيكل العظمي للقانون تحيط به مادته المكونة من القواعد كما تحيط العضلات بالعظام[1]. فيصف البحث النظام القانوني لهذا الضمان من حيث خصائصه وأحكامه وشروط ونطاق تطبيقها ثم طبيعته القانونية وآثار تحقق المسؤولية بموجبه، على وفق ما جاء في القانون المدني الفرنسي وما ورد في النصوص العراقية والمصرية المتعلقة بنفس الموضوع، من أجل الإلمام بجميع جوانبه، ويدرك المعنيون في التشريع أهميته في تحقيق مصلحة المجتمع من خلال توفير الحماية لرب العمل، وهو الطرف الأضعف في عقد المقاولة، وضمان خلو المباني والمنشآت الثابتة من العيوب، وينظرون في إدخاله في نصوص القانون المدني العراقي كنص تشريعي آمر.

نطاق البحث

يتحدد نطاق هذا البحث في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. وهي إحدى صور عقد المقاولة الذي عرفته المادة ٨٦٤ مدني عراقي بأنه عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر. وتعرف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة

---

١ - د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، جـ١، النجف، العراق، مطبعة الآداب، ١٩٧٢، ص ٤٥-٤٦.

الأخرى بأنها العقود التي يتعهد بموجبها المقاول أو المهندس المعماري بأن يبني لآخر لقاء أجر بناءً أو منشآتٍ ثابتة أخرى[1]. لهذا فانه يتحدد بالعقود التي تنصب على تشييد مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى متصلة بالأرض إتصال قرار.

أهمية البحث

تأتي أهمية هذا البحث من أهمية هذا الضمان ذاته في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ومن محاولته تأسيس نظام قانوني له في وقت تتسع فيه دائرة عقود المقاولات وتزداد الحاجة لحماية حقوق رب العمل والغير. فهو يدعو المشرع العراقي الى الإلتفات الى هذا الضمان وعدم ترك الأمر لإرادة المقاول للحيلولة دون تهاونه وإهماله على حساب مصلحة رب العمل في تنفيذ عقد المقاولة الذي إلتزم به. كما تأتي أهمية البحث أيضا من إنعدام الدراسات القانونية التي تبحث في هذا الضمان على نحو مستقل.

منهج البحث

لم يعتمد البحث على منهج واحد عند تناوله لموضوع النظام القانوني لضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. فقد إعتمد المنهج الوصفي لوصف وتوضيح وبيان خصائصه وشروطه، والمنهج التحليلي القائم على تحليل عناصر هذا الضمان وشروطه ومكوناته بهدف الكشف عن ماهيته من خلال الربط بين القواعد القانونية المعروفة. كما إعتمد أيضا على المنهج المقارن لمقارنة النصوص الفرنسية والعراقية والمصرية المنظمة لأحكام هذا الضمان.

١- محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، رسالة ما جستير مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٧٥، ص ٣٨.

صعوبات البحث

تتمثل الصعوبات التي واجهها الباحث في النقطتين التاليتين:

١. ندرة الأبحاث والدراسات القانونية المتعلقة بالموضوع سواء في العراق أو في مصر. وإذا ما وجدت فانها مقتضبة.

٢. قلة الأحكام القضائية التي تناولت هذا الضمان، وذلك لحداثة ظهور هذا الضمان نسبيا، ولقلة خبرة أرباب الأعمال في مجال البناء وجهلهم بحقوقهم مما يجعلهم لا يرجعون على المقاول في حال ظهور عيب أو خلل في البناء.

خطة البحث

يقسم الباحث دراسته الى ثلاثة فصول، تعقبها إستنتاجات وتوصيات وخاتمة وملاحق، وعلى النحو التالي:

يتعرض **الفصل الأول**، الذي يحمل عنوان مفهوم عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ومفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة، والمكون من ثلاثة مباحث، الى تعريف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وخصائصها وتمييزها عن غيرها من العقود ثم في تعريف ضمان الإلتزام بالصيانة، وخصائصه، وتمييزه عن غيره من الضمانات الملقاة على عاتق المقاول وأخيرا مدى أهمية الضمان والحاجة اليه في التشريع العراقي.

ويتناول **الفصل الثاني**، الذي عنوانه شروط ضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى والمكون من ثلاثة مباحث أيضا، الشروط الشكلية والموضوعية لتطبيق أحكام هذا الضمان. فمن الشروط الشكلية أن يأتي الضمان في المدة القانونية المحددة له وهي سنة واحدة وكذلك أن يشعر رب العمل، المقاول بهذه العيوب، إما بطريق التحفظ عند تسلم الأعمال أو بطريق الإشعار الكتابي في حالة ظهورها بعد التسلم. ومن الشروط الموضوعية وجود عقد مقاولة صحيح وحصول

عيوب وأضرار في البناء وأخيرا نتناول نتيجة تحقق هذه الشروط من حيث إعذار المقاول وإستحصال إذن المحكمة وتحديد المدة اللازمة للإصلاح وآثار تخلف أحد هذه الشروط أو جميعها.

ثم ينتقل البحث الى **الفصل الثالث**، المعنون بأحكام ضمان الإلتزام بالصيانة، والذي يشتمل بالمثل على ثلاثة مباحث. يخصص الأول لدراسة النطاق الشخصي والموضوعي لهذا الضمان، لنرى من هو الملتزم بهذا الضمان ومن هو المستفيد ثم ما هي الأعمال أو العيوب التي يغطيها هذا الضمان. وفي المبحث الثاني من هذا الفصل، نناقش الطبيعة القانونية لهذا الضمان وهل هي طبيعة عقدية أم تقصيرية أم قانونية، وما هو نوع الخطأ الذي جعله المشرع أساساً لثبوت مسؤولية المقاول، وفي المطلب الأخير من هذا المبحث نناقش موضوع مدى تعلق هذا الضمان بالنظام العام. وفي المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل، نناقش آثار تحقق مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان من حيث الدعوى والجزاء المترتب على الأخلال به، ويتناول المطلب الثاني منه أسباب الإعفاء من الضمان، لنبين ما يترتب على السبب الأجنبي وما يترتب على إرادة رب العمل.

وأخيراً، نختتم الدراسة بأهم الإستنتاجات التي توصلنا اليها، وتوصياتنا في ضوء ما أسفرت عنه الدراسة، ثم خاتمة وملحقين يتضمنان النصوص القانونية المتعلقة بهذا الضمان والنص المقترح تضمين القانون المدني العراقي به.

الفصل الأول

مفهوم عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى
ومفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة في هذه العقود

لا يمكن الإحاطة بمفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة[1] دون معرفة ماهية عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، فلا يمكن الحديث عن هذا الضمان، دون الحديث أولا عن عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة، لأن هذه العقود هي محل هذا الضمان. وحتى يمكن أن يتحقق الضمان، يجب أن يكون هناك عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة. وتأتي المباني من أي نوع كانت على رأس المنشآت الثابتة، ولا يشترط لها أن تكون مبنية بالحجارة أو بالطابوق أو الاسمنت والرمل، بل يجوز أن تأتي مبنية بالخشب أو الحديد أو الألمنيوم أو أي مادة صلبة أخرى.

لهذا سنحدد في هذا الفصل مفهوم عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى من حيث تعريفها وخصائصها ثم تمييزها عن غيرها من العقود. ثم نأتي الى مفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة، لنتحدث عن تعريفه وعناصر هذا التعريف، والتعريف المناسب من وجهة نظرنا، ثم خصائص هذا الضمان والآثار المترتبة على هذه الخصائص، وبعدها نتناول أوجه الإختلاف بينه وبين غيره من الضمانات كالضمان العشري أو ضمان كفاءة الأداء، وفي

---

١ - لقد إستخدمنا إصطلاح ضمان الإلتزام بالصيانة بدلا من الإصطلاحات الأخرى تماشيا مع ما أطلقته شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية على هذا الضمان، وهذه الشروط تعتبر النص القانوني العراقي الوحيد الذي تحدث عن هذا الضمان. وقد نستخدم أحيانا ضمان تمام الإنجاز كما جرى عليه القانون الفرنسي أو الضمان السنوي كما جرى عليه فقه القانون المدني. ولكن هذه الإصطلاحات، على تعددها، إنما تشير الى مفهوم واحد هو ضمان الإلتزام بالصيانة موضوع هذا البحث.

الآخر نبين مدى أهميته ومدى الحاجة اليه في نظامنا القانوني في العراق. وبموجب ذلك قسمنا هذا الفصل الى المباحث التالية: .

١. **مبحث تمهيدي:** مفهوم عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وخصائصها وتمييزها عن غيرها من العقود.

٢. **المبحث الأول:** مفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

٣. **المبحث الثاني:** تمييزه عن غيره من الضمانات ومدى أهميته.

مبحث تمهيدي

مفهوم عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وخصائصها وتمييزها عن غيرها من العقود.

لا تقتصر عقود المقاولات على إقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. فهناك العديد من صور عقد المقاولة. فنقل بضاعة من مكان لآخر يمكن أن يكون محل عقد مقاولة يسمى عقد نقل، وإتفاق ناشر مع كاتب على نشر كتاب معين، يمكن أن يكون محل عقد مقاولة يسمى عقد نشر. وقد تأتي صورة عقد المقاولة بصورة عقد إلتزام مرفق عام أو عقد إقامة حفلة معينة. وتناول القانون المدني في عدد من نصوصه، بعض صور عقود المقاولة. لكن الصورة الأكثر بروزا له هي عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

تعتبر هذه العقود هي محل ضمان الإلتزام بالصيانة، فنطاقه يتحدد بهذه الصورة من العقود، لذا سنتناول في هذا المبحث هذه الصورة من العقود من حيث تعريفها وعناصر هذا التعريف ثم التعريف المناسب من وجهة نظرنا، ثم نتحدث عن خصائص هذه العقود والآثار المترتبة على هذه الخصائص، وفي الآخر نتناول أوجه الإختلاف بينها وبين ما يشتبه بها من عقود كعقد الأشغال العامة. لهذا قسمنا هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وكما يلي:

المطلب الأول

تعريف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

قبل التعريف بعقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، ينبغي أولا التعريف بعقد المقاولة بشكل عام. فقد عرفته المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي بأنه:

"عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر".

وعرفته المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري بأنه:

"عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

ولم يأت الشارع الفرنسي بتعريف لعقد المقاولة وذلك لأختلاف الفقهاء حول العنصر الذي يميز عقد العمل عن عقد المقاولة. وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: "العقد الذي يتعهد فيه شخص بأن يؤدي لآخر عملا معينا لقاء أجر يحسب على حساب أهمية العمل[1]. بينما عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه عقد يلتزم فيه المقاول بأن ينجز لصالح رب العمل عملا على سبيل الاستقلال[2].

---

1 -Le contrat par lequel une personne se charge d' accomplir pour un autre un travail determine , moyennant un prix calcule d'apres l'importance du travail".

مقتبس من د. كامل محمد مرسي، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة- الجزء الرابع- عقد العمل، وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة- دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٣، ص ٤٧٤.

2 -Cass. Civ. Ire, 19 fev. 1968. P. 393, Bull. Civ. I. No 69.

مقتبس من د. مدحت محمد محمود عبدالعال، الإلتزامات الناشئة عن تقديم برامج المعلومات (المقاولة- البيع- الإيجار)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٥.

وتدل هذه التعريفات على إن المقاولة عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول بصناعة شيء أو أداء عمل كأقامة بناء أو غير ذلك، في مقابل إلتزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي متفق عليه. وهو بذلك يختلف عن عقدي العمل والوكالة. فيتميز عن عقد العمل بكون المقاول لا يخضع لأرادة رب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلا طبقا لشروط العقد المبرم بينهما ومن ثم فلا يعتبر المقاول تابعا لرب العمل. ويختلف عن عقد الوكالة بكون المقاول وهو يؤدي العمل لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل مستقلا عنه على عكس الوكيل وهو الذي يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله ويكون نائبا عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به، فينصرف أثر هذا التصرف الى الموكل.

وأركان عقد المقاولة هي كالأركان في سائر العقود[1]. والأركان في سائر العقود هي ما يلي: ١- التراضي. ٢- المحل. ٣- السبب.

والمحل في عقد المقاولة مزدوج: فهو بالنسبة الى إلتزامات المقاول، العمل الذي تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة. وهو بالنسبة الى إلتزامات رب العمل، الأجر الذي يدفعه للمقاول في مقابل هذا العمل.[2]

وقد تعددت صور عقد المقاولة بتعدد طبيعة المحل الذي يرد عليه العقد. فقد يتعلق عقد المقاولة بأعمال مختلفة من حيث موضوعه، ولكن طبيعة العمل لا تعدل من جوهر العقد، بل يترتب عليها قواعد خاصة. فهناك على سبيل المثال لا الحصر، عقد النقل وعقد النشر وعقد الإعلان وعقد العرض المسرحي وعقد إلتزام المرافق العامة وعقد نقل التكنولوجيا وغيرها. وجميع هذه العقود هي عقود مقاولة. وهناك من الأحكام التي جاء بها القانون

١- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، تنقيح المستشار مصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٤٧.

٢- د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٧. وكذلك د. البدران، كاسب بن عبدالكريم، عقد الإستصناع أو عقد المقاولة، في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الرياض، ١٤٠٤هـ، ط٢، ص ١٤٧.

المدني العراقي أو المصري أو الفرنسي ما يمكن تطبيقها على كل المقاولات، "ولكن يجب في العقد مراعاة عرف كل صناعة"[1].

وجاء في نص المادة ٨٦٥ من المشروع التمهيدي للقانون المصري ما يأتي: "١- يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة. ٢- ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض". وقد رأت لجنة مراجعة المشروع حذف المادة لأنها مجرد تعداد.[2]

يعرف بعض الشراح عقد مقاولة البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، بأنه عقد يتعهد بموجبه مقاول أو مهندس معماري بأن يبني لآخر لقاء أجر بناءً أو منشآت ثابتة أخرى[3].

لهذا فان عناصر هذا التعريف هي المقاول الذي يلتزم بتشييد بناء، ثم محل إلتزامات رب العمل الذي هو الأجر الذي يتقاضاه المقاول مقابل إلتزامه، وأخيرا محل هذا الإلتزام من جانب المقاول وهو العمل الذي تعهد بأقامته الذي هو البناء أو المنشأ الثابت.

لهذا يمكن القول في تعريف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى بأنها تلك العقود التي يكون محلها تشييد مبان أو إقامة منشآت ثابتة أخرى لقاء أجر. أو إنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين ببناء مبان أو منشآت ثابتة أخرى لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر.

١- د. كامل محمد مرسي، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

٢ - المرجع السابق، ص ٤٨١.

٣ - محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٣٨، وكذلك د.فتيحة قرة، احكام عقد المقاولة، دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لاهم عقود المقاولة مدعمة بكافة احكام محكمة النقض الصادرة في هذا الشأن في ٥٥ عاما، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧، ٦٨، وكذلك محمد عبدالرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، (بلا دار النشر)، ١٩٧٧، ص ٥٤.

يثار التساؤل أحيانا هل تدخل عقود ترميم وإصلاح وتأهيل المباني ضمن نطاق عقود المباني والمنشآت الثابتة من عدمه. هناك رأيان بهذا الصدد. الأول[1] ويرى أنها لا تدخل ضمن نطاق عقود المباني والمنشآت الثابتة التي تسري عليها قواعد المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس، لأن هذه القواعد لا تسري الا على العمليات الإنشائية الجديدة، وما عداها لا يخضع لاحكام هذه المسؤولية. والرأي الثاني[2]- ونؤيده في ذلك- يرى أنها تدخل ضمن نطاق هذه العقود طالما أن محلها هو المبان والمنشآت الثابتة الأخرى. ويمكننا أن نضيف الى أسانيد الرأي الثاني أن المادة ٥- سادساً من قانون التجارة العراقي قد ذكرت مقاولات البناء والترميم والصيانة بفقرة واحدة بأعتبارها من الأعمال التجارية. أما عقود مقاولات الهدم، فيرى الباحث أنها لا تدخل في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى لأن الهدم ليس كالبناء ولا يسري حكم على ضدين.

وتختلف تسميات هذا النوع من العقود بأختلاف الأنظمة القانونية فمنهم من يطلق عليها عقود التشييد ومنهم من يُسَمُّها عقود الإنشاءات أو العقود الهندسية الإنشائية، ومن وجهة نظرنا أنها مجرد تسميات متعددة لنفس المفهوم الذي هو عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

أما بالنسبة الى عقود طلاء المباني وزخرفتها وبياضها وديكورها ودرزها (تكحيلها) ومحارتها (لبخها) وتزجيجها (وضع الزجاج)، فان الجانب

١- د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢١٢.

٢- د.محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ط٢، ٢٠٠٤، ص ١٢٦، ود. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧.

الغالب من الفقه[1] لا يعدها من قبيل عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى التي تسري عليها الأحكام الخاصة بمسؤولية المقاول. وأرى أنه طالما أن محل هذه العقود هو المبان أو المنشآت الثابتة، فلا ضير من إعتبارها من قبيل عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، التي تسري عليها الأحكام الخاصة بمسؤولية المقاول، ولكن ليس أحكام الضمان العشري، كونه يتحدد بضمان التهدم والعيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء، بينما عيوب طلاء المباني أو زخرفتها أو بياضها ليس من شأنها تهديد متانة وسلامة البناء.

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٤٣، ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٠٥، ص ١٢٤ ود. محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٣٩.

المطلب الثاني

خصائص عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

تتميز عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من عقود المقاولات الأخرى. ومن أهم هذه الخصائص هي أن محلها مبان ومنشآت ثابتة ومن هذا المحل أخذت إسمها. ولكونها من عقود المقاولة فانها تخضع لأحكام عقد المقاولة الواردة في المادة ٨٦٤ وما بعدها من القانون المدني العراقي. والخاصية الثالثة التي تمتاز بها هي أنها عقود تجارية، وقد إكتسبت هذه الصفة بنص القانون، حيث نصت المادة ٥ من قانون التجارة العراقي بأنه تعتبر الأعمال التالية أعمالا تجارية، وجاءت مقاولات البناء في الفقرة السادسة من تلك المادة. لهذا ستتناول خصائص هذه العقود التي تميزها عن غيرها من العقود في الفروع الثلاثة التالية وكما يلي:

الفرع الأول

عقود محلها مبان ومنشآت ثابتة أخرى.

يدور محل هذا النوع من العقود حول تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى. ولغرض فهم المقصود بالمباني والمقصود بالمنشآت الثابتة، لا بد من تقسيم هذا الفرع الى مقصدين حيث يتناول الأول تحديد مفهوم المباني التي تكون محل هذه الصورة من عقود المقاولة ويتناول المقصد الثاني مفهوم المنشآت الثابتة الأخرى وكما يلي:

المقصد الأول

المباني

تختلف كلمة مبنى عن كلمة بناء، فكل إصطلاح منهما له معنى يتميز من بعض نواحيه عن الآخر... فالبناء أوسع من مبنى، وهو كل ما يقام على سطح الأرض، وهو بهذا المعنى لا يشمل إعداد الأرض وتمهيدها كشق الطرق مثلا، وإعداد ملاعب الرياضة[1]. وقد تعددت التعريفات الفقهية للبناء. فيعرفه بعضهم بأنه مجموعة من المواد، أيا كان نوعها- خشبا أو جيرا أو جبسا أو حديدا، أو كل هذا معا، أو شيئا غير هذا- شيدتها يد إنسان، لتتصل بالأرض إتصال قرار[2]. ويقول آخر أن المباني هي كل ما شيدته يد الإنسان بمواد إنشائية ويتصل بالأرض إتصال قرار ويستوي في ذلك أن يكون معدا للسكن أو لخزن الأشياء مثل الدور والمستشفيات والمدارس والمخازن[3]. ويعطي بعضهم تعريفا أكثر تفصيلا وزاخرا بالأمثلة ويقول أن المباني هي كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة، من صنع

١- د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء- دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي- (بلا دار النشر) ط١، ١٩٨٩، ص ٢٥٨.

٢- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٩، فقرة ٧١٤ ص ١٢١٣.

٣ - د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الإيجار- المقاولة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٧٢، بند ٧٥٤، ص ٣٩٨، هامش ١٨.

الإنسان، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها، وأن يكون من شأنها أن توفر له حماية، ولو جزئية، ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية... كالمنازل والفيلات والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد، أيا كانت المواد التي شيدت منها، طالما أن المبنى مستقر وثابت في مكانه ومتصل بالأرض إتصال قرار، بحيث لا يمكن نقله دون هدم أو تلف[1]. بينما يعطي آخر تعريفا أكثر إيجازا ليقول أن البناء هو كل شيء من صنع الإنسان ثابت في حيزه متصل بالارض اتصال قرار[2].

ويعرفه أحد الشراح بأنه كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابت في حيزه من الأرض، متصل بها إتصال قرار، عن طريق الربط، ربطا غير قابل للفك دون تعيب، بين مجموعة من المواد، أيا كان نوعها، جرت العادة على إستعمالها في مثل هذا العمل، طبقا لمقتضيات الزمان والمكان[3].

بينما يورد آخر تعريفا لا يختلف كثيرا عما سبقه من تعريفات فيقول: "يراد بالبناء، هنا كل مجموعة من المواد، سواء من الحجارة، أو الطوب، أو من خشب، أو من حديد، أو من الطين، شيدتها يد إنسان فوق الأرض أو في باطنها، وإتصلت بالأرض إتصال قرار[4].

وعرّفه شراح آخرون بأنه: "مجموعة من المواد شيدتها يد إنسان، وجعلت منها وحدة متماسكة، متصلة بالأرض إتصال قرار، بأي نوع من المواد، سواء

١- د. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، (بلا دار نشر)، ١٩٩٧، ص ١٣٢-١٣٣.

٢- د. عبدالناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، مصر، ط٢، ١٩٧٢، ص ١٢٣.

٣ - د. عبدالرزاق حسين يس، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص ٦٥٩.

٤ - د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط ٢، ص ١٨٠.

مكان على سطح الأرض أو في باطنها، أو كان معداً لسكنى إنسان أو لأيواء حيوان أو لخزن أشياء[1]. أو أنه الشيء المتماسك الذي يصنعه الإنسان، ويتصل بالأرض إتصال قرار، ولا يهم نوع المادة التي يصنع منها البناء، فيستوي أن يكون من الأسمنت أو الحجارة أو الخشب أو الحديد، فالمهم أن تكون هذه المواد متماسكة ويجب أن يكون الشيء متصلا بالأرض إتصال قرار، وبقول آخر لا يمكن نقله من مكانه دون تلف[2].

ويلاحظ على مجمل هذه التعريفات أنها زاخرة بالأمثلة بينما يفترض بالتعريف أن يكون دالا وموجزا وجامعا ومانعا، لكنها تشترك مع بعضها في الإشارة الى عناصر البناء الثلاثة، والتي دونها أو دون أحدها لا يمكن أن يدخل الشيء في مفهوم البناء، ألا وهي: أولا- مجموعة من المواد. ثانيا- تدخل يد الإنسان في تشييدها. ثالثا- متصلة بالأرض إتصال قرار. فهذه العناصر الثلاثة هي التي تختصر تعريف البناء، لهذا يمكن القول أن البناء هو مجموعة من المواد دخلت يد الإنسان في تشييدها ومتصلة بالأرض إتصال قرار.

فإذا ما توافرت في العقار العناصر الثلاثة السابقة، إعتبر العقار بناءً، تسري عليه الأحكام الخاصة بالمباني. ولا أهمية لنوع المواد المستعملة سواء كانت من الخشب أو الحديد أو الحجارة أو الطين... إلخ، ولا أهمية أيضا للغرض المشيد من أجله البناء، سواء كان لسكن الإنسان أو لأيواء الحيوان أو إيداع الأشياء أو لتسيير المرور أو لحفظ المياه أو لتخليد شخص أو حدث أو التذكير به كالتماثيل، أو من دون غرض معين بذاته. ولا أهمية أيضا لكون البناء قد شيد فوق سطح الأرض أو في باطنها. ويعتبر تدخل الإنسان أمر

1- د. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بأعتباره مصدرا للإلتزام- القواعد العامة والقواعد الخاصة- دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥، ص ٣٣٤.

2 - د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، (بلا دار نشر أو سنة طبع)، ص ٢٤١.

حتمي وجوهري في تعريف البناء. فعملية التشييد التي يقوم بها الإنسان هي عنصر من عناصر تعريف البناء. وتتمثل عملية التشييد في جمع المواد بأختلاف أنواعها بقصد تشكيل وحدة متماسكة ومتميزة عن المواد التي تتكون منها. وهكذا فان المواد التي يتم جمعها بفعل الطبيعة لا تعد بناءً، كالنباتات والصخور والرمال التي تجمعها الأودية والرياح، أو تشقق الأرض بفعل الأمطار[1]. والعنصر الثالث هو أن يكون البناء مستقراً وثابتاً في مكانه، أما إذا كان مما يمكن نقله من مكان الى آخر دون هدم، فلا يعد بناءً[2].

وفي ضوء التقدم العلمي في مجال البناء والإنشاءات، الذي جعل بالإمكان نقل المباني والمنازل من مكان لآخر دون هدم، يمكن من وجهة نظرنا إعتبار المباني القابلة للتفكيك والتركيب من قبيل المباني التي تدخل في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. أما الرأي الفقهي السائد فيرى عكس ذلك طالما أن هذه الإنشاءات يمكن نقلها دون تلف[3].

فالمباني منشآت يغلب فيها البحث الفني الدقيق من الناحية التصميمية أو التجهيزات المركبة وكذلك التنسيق. والمقصود بالبناء في عرف قوانين البناء هو كل شيء متماسك من صنع الإنسان وإتصل بالأرض إتصال قرار. أما إذا كان الحائط قد تشكل إثر تظافر عوامل جيولوجية فانه لا يعد كذلك[4].

فالبناء هو إقامة مجموعة من الأشغال تتضمن الأسمنت والحديد والخشب والرمل وغير ذلك تشيده يد الإنسان، ويستوي أن يكون البناء معدا للسكن أو لأغراض أخرى كالمصانع والمستودعات والمخازن وكذلك كل ما يشيد في

١- أنظر بهذا الشأن د. علي فيلالي، إلتزامات العمل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، ص ٢٣٧ و٢٣٨.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق جـ٧، ص ١٣٤.

٣- المرجع السابق، ص ١٣٤

٤- د. حامد الشريف، المشكلات العملية في جريمة البناء بدون ترخيص، ط٢، ١٩٩٤، (بلا دار نشر)، ص ٢٩.

باطن الأرض من البناء[1]. فمفهوم البناء لا يقتصر على البناء المخصص للسكن، فهو يشمل في مفهومه الواسع كل منشأة أقامها الإنسان إذا كانت مثبتة بالأرض بطريقة دائمة وغير عرضية[2].

ولا يؤثر الغرض الذي شيد من أجله البناء أو المواد المستخدمة فيه في إعتبار المشيدات من المباني. فالمنازل والفلل والعمارات والحظائر والحمامات وأحواض السباحة والمدارس والجامعات والمعامل والمستشفيات والكازينوهات ودور السينما والمسارح والورش والمصانع والمطاعم جميعها مبان بغض النظر عن الهدف الذي أنشئت من أجله. كما إنه لا إعتبار للمادة المستخدمة في البناء في إعتبار هذه المنشآت من المباني، فسواء كانت مبنية بالطابوق أو الحجارة أو الخشب أو الخرسانة المسلحة أو البلاستيك أو الزجاج أو غير ذلك من المواد، فانها تعد من المباني طالما كان البناء مستقراً وثابتاً في مكانه ولا يمكن نقله دون هدم او تلف[3]. كذلك لا عبرة بكون هذه المباني قد شيدت فوق سطح الارض كما هو الأمر المعتاد أو أن تكون قد أقيمت تحت أديمها.. كالمخابيء والادوار السفلية او الافران[4].

وليس كل عقار هو مبنى، ولكن كل مبنى هو عقار. فالأرض تعتبر عقارا بطبيعتها لكنها ليست بناءً. وقد حددت المادة ٦٢-١ مدني عراقي العقار بأنه:

"كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية".

---

١ - نصرون وردية، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مالك البناء، المهندس المعماري (المصمم، المشرف على التنفيذ) والمقاول، رسالة ماجستير، معهد الحقوق- إبن عكنون- جامعة الجزائر، ٢٠٠١، ص ١٨.

٢ - د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٨٣.

٣ - محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٥٧.

٤- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٦٦٣.

وحددت المادة ٨٢-١ مدني مصري العقار بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

ويصدق مفهوم البناء أيضا على أجزاء العقار التي تعتبر من ملحقاته كالنوافذ والشرفات والأسوار ودرجات السلم ومسنده ودعامات تقوية البناء وقطع القرميد، ويعتبر بناءً كذلك كل ما كان في طور التشييد.

ويثور الخلاف فيما يتعلق بأعتبار العقارات بالتخصيص من قبيل المباني بالمعنى الموصوف آنفا. فيذهب الفقه التقليدي الى إعتبارها من المنقولات غير الثابتة بحسب طبيعتها وليست من قبيل المباني. ومن أمثلة ذلك، الأبواب والنوافذ والأجهزة الكهربائية والميكانيكية اللازمة لتكييف الهواء أو تسخين المياه بالمبنى المشيد طالما كانت قابلة للإنفصال عن البناء الملحقة به دون تهدم أو تلف،[1] لهذا لا تعتبر من المنشآت الثابتة إذ هي في طبيعتها منقولة غير ثابتة فيكون ضمانها إعمالا للقواعد العامة[2]. وهذا في القانون العراقي والمصري على حد سواء، أما القانون الفرنسي فأصبحت هذه العناصر القابلة للإنفصال مشمولة بضمان كفاءة الأداء الذي يمتد لفترة سنتين بحد أدنى. وتعتبر المصاعد الكهربائية التي تثبت في المباني من قبيل المنشأ الثابت لأن حركته ليست بالحركة الحرة الطليقة ومن ثم فهو في حكم المنشأة الثابتة[3]. ويرى شراح آخرون – ونؤيدهم في ذلك- أن المصاعد هي عقارات بالتخصيص لكنها لا تعتبر بناءً،[4] وذلك لأنه يمكن فصلها عن البناء دون

١- د. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، المرجع السابق، ص ١٣٤-١٣٥.

٢- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، هامش ٦٢ ص ١٥٥.

٣- د. السنهوري، المرجع السابق، الهامش رقم (١)، ص ١٣٤، وكذلك د. الشهاوي، المصدر السابق، هامش ٦٢ ص ١٥٥ حيث ذهب الى ان المصعد في ارتفاعه وهبوطه يعتبر في حكم الثابت في مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه، وبالترتيب على ذلك يعتبر من المنشآت الثابتة..

٤- أنظر بهذا الخصوص د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري- الجزء الثاني- الواقعة القانونية- ديوان المطبوعات الجامعية- بن عكنون، الجزائر، ١٩٩٩، ص ٤٢١. وقد كانت بعض المحاكم الفرنسية تعتبر المصاعد الكهربائية بناءً، وتطبق المادة ١٣٨٦=

تلف أو هدم. كما لا يعتبر بناءً ما يكون قائما بذاته منفصلا عن البناء، ولو كان مثبتاً فيه كأحواض الورد التي توضع على الشرفات، وأسلاك الكهرباء المعلقة في الهواء، والآلات، أو بالأحرى كل المنقولات التي تعتبر عقارا بالتخصيص[1].

وإذا كانت هذه الأعمال لا تخضع لأحكام الضمان العشري المنوط بحدوث تهدم كلي أو جزئي في العقار أو ظهور عيب فيه يتهدد سلامته ومتانته، فان المشرع الفرنسي أخضعها لأحكام ضمان كفاءة الأداء والضمان السنوي بموجب القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨. وعلى الرغم من كون هذه المواد هي مواد قابلة للإنفصال بطبيعتها عن البناء، فمن المستحسن أن يحذو المشرع العراقي حذو المشرع الفرنسي في إضفاء الحماية القانونية لصاحب العمل الذي غالبا ما يحتاج لمثل هذه الحماية لكونه غير خبير بأعمال البناء بخلاف المقاول، مما قد يعرضه لأضرار وخسائر نتيجة إهمال أو تقصير أو إستغلال المقاول أو عماله في تجهيز أو تركيب مثل هذه المواد أو نتيجة العيوب التي تعيق أداءها لوظائفها المصنعة من أجلها.

ويُلاحظ أن المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق الأعمال الخاضعة لمسؤولية المقاول والمهندس، لتشمل ما أسماه بعناصر التجهيز غير القابلة للإنفصال. فقد قضت المادة ١٧٩٢-٢ بتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة عن الأضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء، إذا كانت تلك العناصر تشكل جسماً على نحو غير قابل للإنفصال، مع أعمال المنافع العامة للمبنى، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه، أو بهيكله، أو بأسواره، أو بمظلاته...".

=مدني فرنسي التي تقابلها المادة ٢٢٩ مدني عراقي على الأضرار التي تنشأ عنها. إلا أنها عدلت عن ذلك فيما بعد وأخذت تطبق المادة ١٣٨٤-١ التي تقابلها المادة ٢٢١ وما بعدها مدني عراقي والتي تتضمن المسؤولية عن الأشياء. كما إعتبر القضاء الفرنسي الخزائن المعدة لحفظ الثياب بناءً، لكنه عدل أيضا عن ذلك بعد إن أخذ يطبق المادة ١٣٨٤-١ بشأن المسؤولية عن الأشياء غير الحية. أنظر أيضا د. محمود جلال حمزة، محمود جلال، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

١ - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ٤٢١.

أما العناصر التجهيزية الأخرى، ويقصد بها القابلة للإنفصال عن العقار فقد إستحدث لها المشرع الفرنسي ضمانا خاصا. فقد نصت المادة ١٧٩٢-٣ على الآتي: "تخضع باقي عناصر تجهيز العمل لضمان كفاءة الأداء لفترة لا تقل عن سنتين من تاريخ التقبل". كما لا تعتبر الأرض والأشجار بناءً، فإذا تطايرت من الأرض شظايا وأضرت بالغير، أو إنهار مرتفع من الأرض، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء[١]، وبالتالي تنطبق عليه أحكام المسؤولية عن الأشياء طبقا لنص المواد ٢٢١ وما يتلوها من القانون المدني العراقي[٢].

وقد قضت بعض المحاكم الفرنسية بأن السياج أو المعسكر لا يعتبر بناءً، لعدم توفر شروط البناء بالمفهوم القانوني فيهما[٣]. ومن وجهة نظرنا أن السياج أو المعسكر طالما تدخلت يد الإنسان في تشييده وإتصل بالأرض إتصال قرار، فانه يعتبر من قبيل البناء مما تنطبق عليه الأحكام الخاصة بمسؤولية المقاول.

١- د. محمود جلال حمزة، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

٢- وقد جاءت المحكمة العليا الجزائرية بحكم مناقض لذلك عندما إعتبرت بحكمها المرقم ٧٩٢٠٦ في ١٩٩٢/٠١/٢٩ إفراغ الطاعن لكمية هامة من الأتربة والأوساخ فوق أرض المطعون ضده، تهدما للبناء، ورتبت عليه مسؤولية مالك البناء طبقا لنص المادة ٢/١٤٠ مدني جزائري. وربما تكون المحكمة قد أساءت تطبيق القانون، إذ أن واقعة الردم أو إلقاء الأتربة والأوساخ، لا تعتبر تهدما للبناء، بأعتبار أن الأتربة والأوساخ لا تعد بناءً، مما يقتضي إستبعاد تطبيق حكم المادة ٢/١٤٠ مدني جزائري. حيث تنص المادة المذكورة على الآتي: "مالك البناء مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان إنهداماً جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه". المصدر: القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥.

٣- محكمة إستئناف باريس في ١٩٤٦/١٢/٢٦ ومحكمة إستئناف ليون في ١٩٥٣/١٢/٣٠، مقتبس من د. بلحاج العربي، المصدر السابق، ص ٤٢١ .

المقصد الثاني

المنشآت الثابتة الأخرى

يقصد بالمنشآت الثابتة كل ما تنتجه طاقة الإنسان وتقترب بحكم طبيعتها من المباني في علاقتها بالأرض كالجسور والسدود والبوابات وغيرها[1]. أو هو كل ما تنتجه طاقة الإنسان، ويشبه من الوجهة الإقتصادية، المباني، ويمكن أن يؤدي العيب في إنشائها أو النقص في صيانتها إلى ضرر مماثل للضرر الذي يمكن أن يحدث من العيب في إنشاء البناء أو النقص في صيانته[2]. وقد أورد أحد شراح القانون الفرنسيين تعريفا إستنبطه من أحكام القضاء السويسري بأنها: "هي الأشياء الثابتة المرتبطة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالأرض، سواء كانت مبنية بناء أو مرتبطة بطريقة إصطناعية"[3].

ويعرفها أحد الشراح بأنها كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابتا في حيزه من الأرض، متصلا بها إتصال قرار، عن طريق الربط بين مجموعة من المواد- أيا كان نوعها- ربطا غير قابل للفك، بحيث ييسر على الإنسان سبيل إنتقاله أو سبيل معاشه[4].

وبتقديرنا أن المنشأ الثابت هو كل ما أقامته أو شيدته يد الإنسان، ولا يدخل في نطاق المباني وإتصل بالأرض إتصال قرار. فهذا التعريف يشتمل على عناصر المنشأ الثابت الأساسية وهي تدخل يد الإنسان في تشييده أو إقامته، ولا يدخل في نطاق المباني، وأخيرا إتصل بالأرض إتصال قرار.

ويتفق الفقه والقضاء على إعتبار أعمال الجسور والقناطر والسدود والخزانات والبوابات والانفاق والمقابر والسكك الحديدية والمداخن كلها من

---

١ - د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص ٣٩٨، هامش ١٨.

٢- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٦١-١٦٢.

٣- هو ثيل أفتنجر، أنظر المرجع السابق، ص ١٦٢.

٤- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٦٨١-٦٨٢.

المنشآت الثابتة الاخرى. وتذهب قلة من الفقهاء[1] الى عدم اعتبار المنشآت التي تحت مستوى الارض أو دونه من المنشآت الثابتة، كحفر الآبار وشق المصارف والقنوات وحفر أحواض السباحة ورصف الطرق وإنشاء ساحات أو ملاعب لممارسة رياضة التنس أو كرة القدم أو إقامة الممرات تحت الأرض. لكن الغالبية من الفقهاء- ونؤيدهم في ذلك- يرون عكس ذلك، ويعتبرونها من قبيل المنشآت الثابتة[2]، ونضيف الى أسانيدهم أن تعريف المنشآت الثابتة ينطبق بكل تفاصيله على هذه المنشآت. فهي إنشاءات أوجدتها يد الإنسان ولا تدخل في نطاق المباني ومتصلة بالارض اتصال قرار ولا يمكن رفعها دون هدم وتلف.

١ – د.محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص ١٢٦

٢– د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٣٩–١٤٠.

الفرع الثاني

خضوع عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى لأحكام عقد المقاولة

تعتبر عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى إحدى صور عقود المقاولة والواقع أنها أشهر صور عقد المقاولة. وهذا ثابت بنص المادة ٨٧٠ بفقرتيها ١ و٣ وما بعدها من القانون المدني العراقي[١] والمادة ٦٥١ بفقرتيها ١ و٢ وما بعدها من القانون المدني المصري[٢]. ونتيجة ذلك تخضع هذه

١- تنص المادة ٨٧٠ مدني عراقي على الآتي:

١ – يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا أن ان تبقى هذه المنشأت مدة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان (الغي نص الفقرة ١ من المادة ٨٧٠ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وحل محله النص الحالي بموجب القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٣ قانون التعديل الاول للقانون المعني ونص القانون على انه تسري احكام المادة الاولى من هذا القانون على كافة المقاولات والعقود المبرمة قبل نفاذه ما لم تكن مدة الضمان الخاصة قد انتهت قبل العمل به).

٢ – ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين الذين تقبلوا منه العمل.

٣ – ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة ١ من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

٤ – تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب (اضيفت كل من الفقرتين ٣، ٤ الى المادة ٨٧٠ من القانون المدني وذلك بموجب القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤).

٢- تنص المادة ٦٥١ مدني مصري على الآتي: "١- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى المنشأة مدة أقل من عشر سنوات. ٢- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٣- وتبدأ مدة العشر سنوات من وقت تسلم العمل. ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

العقود الى الأحكام العامة لعقد المقاولة إضافة الى الأحكام الخاصة التي تحكم هذه الصورة من العقود دون إغفال القواعد العامة الأخرى للعقود.

فكل عقد يرتب حقوقا وينشيء إلتزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين. وعقد المقاولة لا يختلف عن سائر العقود، فهو يرتب حقوقا وينشيء إلتزامات على عاتق طرفيه: المقاول ورب العمل. وهناك أحكام عامة نصت عليها القوانين المدنية تنظم هذه الحقوق والإلتزامات. وتخضع عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى بدورها للأحكام العامة لعقد المقاولة. وأهم هذه الأحكام ما يتعلق بأركان عقد المقاولة والآثار التي تترتب عليه وطرق إنتهائه. وهناك أحكام خاصة بعقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى أهمها ما جاء بالمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي بكل فقراتها الست وكذلك المادة ٨٧٠ مدني عراقي والمادة ٦٥١ مدني مصري والمتعلقة بضمان المهندس والمقاول لعيوب البناء.

فينبغي لإنعقاد عقد المقاولة توافر أركانه الثلاثة: التراضي أي تطابق الإيجاب والقبول على عناصر المقاولة، والمحل (العمل والأجر)، والسبب الذي هو الغرض المباشر الذي إتجهت اليه إرادة المقاول، أو هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء إلتزامه[1]. وشروط صحة العقد هي مثل شروط صحة باقي العقود، فيستلزم له توافر الأهلية، فالقاصر والمحجور عليه ليس أهلا لأبرام عقد المقاولة، وسلامة التراضي من عيوب الإرادة التي هي في القانون المدني العراقي الإكراه، والغلط، والتغرير مع الغبن، والإستغلال.

ومن الأحكام العامة الأخرى لعقد المقاولة التي تخضع لها عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ما يتعلق منها بالآثار القانونية للعقد وأهمها إلتزامات المقاول وإلتزامات رب العمل وأحكام المقاولة من الباطن. فيلتزم

---

١ – محمد عبدالرحيم عنبر، عقد المقاولة– دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، (بلا دار نشر)، ١٩٧٧، ص ٩٣.

المقاول أزاء رب العمل بأنجاز العمل محل العقد بالطريقة الواجبة وبتسليمه إليه بعد إتمامه في المدة المتفق عليها. وبالمقابل يلتزم رب العمل أزاء المقاول بثلاثة إلتزامات هي تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلمه بعد إنجازه ودفع الأجر.

ومن الأحكام العامة الأخرى ما يتعلق منها بأنتهاء عقد المقاولة، حيث ينتهي إما بتنفيذ الأطراف لإلتزاماتها أو بأنتهاء المدة أو بأستحالة التنفيذ أو فسخ العقد أو التقايل. وقد ينتهي أيضا بتحلل رب العمل من المقاولة بأرادته المنفردة أو بموت المقاول إذا كانت شخصيته محل إعتبار[1].

١- للمزيد من التفاصيل عن أحكام عقد المقاولة أنظر د. السنهوري، المرجع السابق، ود. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ومحمد عبدالرحيم عنبر، المرجع السابق، ود. محمد لبيب شنب شنب، المرجع السابق، ود. قدري عبدالفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ود. فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لأهم عقود المقاولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧ ود. أحمد عبدالعال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية، (بلا دار نشر). ٢٠٠٢-٢٠٠٣.

الفرع الثالث

عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى عقود تجارية.

نصت المادة ٥ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على الآتي: "المادة ٥: تعتبر الأعمال التالية أعمالا تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس... سادسا: مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة". كما نصت المادة ٤- ل من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على ما يلي: "المادة ٤- يعد عملا تجارياً: ...ل- مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو هدمها أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة..".

من النصوص المتقدمة يتضح أن المشرع العراقي والمشرع المصري قد أضفيا الصفة التجارية على عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة. فالمقاولة تعتبر تجارية إذا كان محلها إنشاء مبان[1]. ويعتبر الفقه من جانبه هذه الصورة من العقود، عقودا تجارية. فالمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء، أو مصنع، أو على ترميم منزل، أو على إنشاء طريق، أو على حفر ترعة، أو مصرف، أو على مد سكة حديدية، أو نحو ذلك من أعمال الإنشاءات، يقوم بعمل من أعمال التجارة، ويعتبر العقد بالنسبة اليه عقدا تجاريا وذلك سواء ورّد المواد من عنده أو ورّدها رب العمل[2]. فهذه المقاولات كلها تعتبر تجارية بالنسبة الى المقاول إذا كان يقدم المواد اللازمة من عنده، وتعتبر مدنية بالنسبة لرب العمل. ولكن اذا كان رب العمل تاجراً وأبرم المقاولة في شأن من شؤونه التجارية كأن يتعاقد مع مقاول لبناء مصنع أو ترميم محل تجاري، فان عقد المقاولة هنا يكون بالنسبة اليه عقداً تجارياً طبقا لنظرية التبعية لأعمال التجارة[3].

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٨.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق، ج٧، ص ٦٠.

٣ - د. فتيحة قرة، المرجع السابق، ص ٧٢.

القاعدة العامة ان العقارات وما يتعلق بها تخرج من نطاق القانون التجاري. ولكن المضاربة والمقاولة في هذا النوع من العقود لا تتعلق بالعقار ذاته بل بالأشياء والمواد التي تستعمل في البناء، ثم بالمضاربة على عمل الغير. وكل ذلك يعتبر من قبيل المنقولات، سواء المنقولات المادية أو المعنوية. فكأن مقاولة المباني تتضمن مضاربة على المنقولات في سبيل تحقيق الربح، فهي تجارية في مفهومها بيقين[1]. أما إذا كان المقاول لا يقدم المواد المستخدمة في البناء أو الترميم، وإنما يقتصر على مجرد تقديم عمله وخبرته، فالمسألة خلافية في الفقه والقضاء، وإن كان الرأي يميل إلى إعتبار العمل تجاريا كذلك على أساس أن المقاول هنا وإن لم يضارب على ثمن المواد، فهو يضارب على عمل الغير الذين يعاونونه في تنفيذ المهمة المكلف بها[2]. ولا تكاد تخرج عن نطاق صفة التجارية إلا حالة ما إذا كان رب العمل هو الذي يشتري الأدوات بنفسه ويتعاقد مع العمال ويقتصر دور المقاول هنا على الإشراف المأجور على سير العمل. حينئذ من البديهي أن يعتبر عمل هذا المقاول مدنيا لأنه لا يضارب بل يستغل خبرته الشخصية[3].

ويمكن أن تستنتج السمة التجارية لعقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة من النظر الى طبيعة المقاولة ذاتها. فإذا كان المقاول هو الذي يجهز المواد المستعملة في البناء، فهذا شراء لأجل البيع، وإذا كان هو الذي يوفر العمال ويشرف عليهم، فهذه مقاولة توريد عمل، وإذا كان يقتصر دوره على مجرد الوساطة بين العمال ورب العمل فهو سمسار، ويكون عمله حينئذ تجاريا ولو بوشر لمرة واحدة[4].

---

١ - المرجع السابق، ص ٣٩١.

٢- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٨.

٣- د. فتيحة قرة، المرجع السابق، ص ٣٩١.

٤ - الفكرة مقتبسة من د. فتيحة قرة، المصدر السابق، ص ٣٩١.

وتترتب على إضفاء الصفة التجارية على عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى عدة آثار أهمها:

١- لقد ألغيت المحاكم التجارية في مصر في أكتوبر ١٩٤٩[1] وفي العراق في ٢٨/ ١٢/ ١٩١٧ بعد الإحتلال البريطاني للعراق،[2] لكنها موجودة في بعض البلدان، لذلك من آثار إضفاء الصفة التجارية على هذه العقود هو إنه يجوز إختصام المقاول أمام المحاكم التجارية في البلدان التي توجد فيها مثل هذه المحاكم. وتختص هذه المحاكم بالنظر في الدعاوى والمنازعات ذات الطابع التجاري وفقا لقانون التجارة والقوانين الأخرى ذات الصلة. فتختص في البت في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية، والدعاوى التي تنشأ ما بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية، والنزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية، والنزاعات المتعلقة بالأصول التجارية والأخرى المتعلقة بنزاعات عقد المقاولة[3].

٢- لا يفرق المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بين الإثبات في المواد المدنية أو الإثبات في المواد التجارية وذلك عندما فرض سريان القانون على القضايا المدنية والتجارية على حد سواء[4]. ولكن

---

١ - محمد كامل أمين ملش، بحث بعنوان بحث في التشريع والقضاء التجاريين منشور في مجلة المحاماة- مصر - العدد السادس- السنة ١٩٤٩- السنة العشرون، ص ٣٤. وتختلف المحاكم الإقتصادية التي أنشئت بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ عن المحاكم التجارية من حيث الإختصاص والإجراءات.

٢ - القاضي مدحت المحمود، بحث بعنوان القضاء في العراق منشور في النشرة القضائية الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى العراقي، على موقع المجلس الألكتروني:
www.iraqja.org/researches/judical%20in%20iraq.doc وهذه المحاكم تختلف عن محاكم تنظيم التجارة من حيث الإختصاص والإجراءات أيضا.

٣ - أنظر في شأن إختصاص المحاكم التجارية قانون إنشاء المحاكم التجارية المغربي رقم ٥٣,٩٥ في ٦ يناير ١٩٩٧ المصادق عليه بالظهير الشريف رقم ١,٩٧,٦٥ في ٢ فبراير ١٩٩٧ والقرار الجمهوري اليمني رقم ١٩ في ٣١ أغسطس ٢٠٠٣ بشأن المحاكم التجارية ونظام المحكمة التجارية السعودي لسنة ١٣٥٠ هـ.

٤- أنظر المادة ١١- أولاً من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ والتي تنص على الاتي: "يسري هذا القانون على: أولا- القضايا المدنية والتجارية.."

قوانين الإثبات في بعض الدول تفرق بين القضايا التجارية والقضايا المدنية[1]، فان إضفاء الصفة التجارية على عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة يسمح بأتباع طرق الإثبات التجارية بمواجهة المقاول، حيث يجوز إثبات العقد، مهما كانت قيمته، بجميع الطرق، سواء بشهادة الشهود أو القرائن وكافة طرق الإثبات. فالإثبات في المسائل التجارية لا يخضع كقاعدة عامة لشرط الكتابة ولا للقيود المعروفة في المسائل المدنية[2]. ولكن لا يجوز للمقاول أن يثبت بالبينة أن صاحب العمل قد أذنه في إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه في العقد، لأن المقاولة لا تعتبر عملا تجاريا بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذه الطريقة[3]. لقد جعل المشرع القاعدة هي حرية الإثبات في المواد التجارية، بحيث يجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات ومن بينها البينة والقرائن. وحرية الإثبات تسري على كافة العقود التجارية[4]. ويقصد بحرية الإثبات ان الخصم لا يلزم بتقديم دليل كتابي وانما يجوز له إثبات ما يدعيه بكافة الطرق كالبينة والقرائن واليمين والإقرار. ففي الدعاوى التجارية يصح الأخذ بالقرائن وبالدفاتر التجارية وبالاقوال والاعمال التي يطمئن لها قاضي الدعوى[5]. فقد فرض المشرع العراقي في الباب السادس- الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني في المواد من ٤٤٤-٥٠٥ وقبل صدور قانون

١- أنظر على سبيل المثال المادة ٦٠ من قانون الإثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل: "في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

٢- د.عبدالحي حجازي، العقود التجارية، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ١٨.

٣- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٩ وكذلك د. فتيحة قرة، المرجع السابق، ص ٧٥. وفي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء ما يلي: "لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه ألزمه بأجراء أعمال زائدة على المتفق عليه في عقد المقاولة لأن عقد المقاولة لا يعتبر تجاريا بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق. نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ س ٢١ ص ١١٤٩.

٤- إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاءً، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط١، ١٩٩٩، ص ١٠.

٥ - د. حسني المصري، القانون التجاري- العقود التجارية، ط١، (بلا دار نشر)، ١٩٨٧-١٩٨٨، ص ٢٨.

الإثبات الحالي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ الذي ألغى هذا الباب وحل محله، عدة قيود لإثبات العقود المدنية، كأشتراط الكتابة في العقد الذي تزيد قيمته على خمسين دينارا (أصبحت ٥٠٠٠ دينار بموجب قانون الإثبات) أو يكون غير محدد القيمة، وكذلك عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه دليل كتابي إلا بكتابة، ووجوب ثبوت تاريخ العقد بطرق معينة للأحتجاج به على الغير[١]. أما إثبات العقد التجاري فهو حر من كل قيد تلبية لما تقتضيه الاعمال التجارية من السرعة والإئتمان. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأحد أحكامها: "إن إثبات وجود الديون التجارية أو إنقضائها طليق من القيود التي وضعها الشارع لما عداها من الديون في المواد من ٤٠١-٤٠٣ من القانون المدني. يجوز الإثبات في المواد التجارية- إلا ما إستثني بنص خاص- بكافة طرق الإثبات القانونية حتى لو إنصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة... إثبات ذلك بالقرائن جائز قانونا"[٢]. ولا تعتبر قواعد الإثبات في المواد التجارية من النظام العام، إذ يجوز للأطراف النزول عنها صراحة أو ضمناً، فهذه القواعد مقررة لمصلحة المتعاقدين أصحاب الشأن.

وهذه القاعدة تفيد صاحب العمل، فيكون له أن يثبت ضد المقاول بكافة الادلة، بينما يلتزم الاخير باتباع القواعد المدنية ضد صاحب العمل. فقد قضت محكمة النقض المصرية بشأن إثبات التصرفات التجارية المختلطة، بتجارية التصرف بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيته بالنسبة للآخر عندما قررت الآتي: "وجوب إتباع قواعد الإثبات في المواد المدنية على من كان التصرف مدنيا بالنسبة اليه. عدم جواز إثبات وفاء الدين إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا"[٣].

١- أنظر المادة ٧٧ و٧٩ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٣/٩، ص ١٤٠.

٢- الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٢٦ ق- جلسة ١٩٦٢/٥/٣١.

٣- نقض، في ١٩٦٩/١١/١١، الطعن رقم ٣١١ لسنة ٣٥ ق.

وهناك حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة، وهي حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم إتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالبه بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعا الى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه وإتفق مع المقاول على أجره، ولا يجوز أن يثبت هذا الإتفاق إلا بالكتابة مالم يكن العقد الأصلي ذاته قد إتفق عليه مشافهة[1].

٣- إذا تعدد المقاولون كانوا متضامنين دون حاجة الى إتفاق خاص إذ يفترض التضامن في المسائل التجارية. فالقاعدة في القانون المدني أن التضامن لا يفترض (المادة ٣١٥ مدني عراقي والمادة ٢٧٩ مدني مصري). فإذا تعدد المدينون بدين واحد قابل للإنقسام ولم ينص في الإتفاق أو في القانون على التضامن فلا يلتزم كل منهم في مواجهة الدائن إلا بقدر نصيبه فقط. أما في المسائل التجارية فيقضي العرف التجاري بأفتراض التضامن بين المدينين[2]. فالرأي الغالب في فقه القانون التجاري هو أن التضامن مفترض في المواد التجارية بخلاف الحال في المسائل المدنية[3].

وقد إختلف الرأي في مصر فيما إذا كان التضامن بين المدينين في المسائل التجارية لا يفترض كما قرر ذلك نص المادة ٢٧٩ مدني، أو أنه أمر مفترض لما تقتضيه مصلحة الدائن والمدين معا تقوية للإئتمان. وحسم المشرع المصري هذا الخلاف بنصه في المادة ٤٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على الآتي: "١- يكون الملتزمون معاً بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك".

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ٥٦-٥٧.

٢- د. عبدالحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٨.

٣- د.علي جمال عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٢٤.

أما قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ فقد نص على حالات خاصة للتضامن بين التجار، كما هو الحال في الشركة التضامنية أو في الحوالة التجارية (السفتجة) (المادة ١٠٦ من قانون التجارة) أو في الحساب المصرفي المشترك (المادة ٢٤٦ من قانون التجارة)، ومن ثم يمكن الإستنتاج أن التضامن بينهم غير مفترض، إلا في الحالات التي ورد فيها نص القانون، وهو الأمر الذي ربما يحتاج الى إعادة نظر، نظرا لما تقتضيه طبيعة الأعمال التجارية التي تفترض الثقة والإئتمان.

٤- لا يشترط لإعذار المقاول أن يكون بالإنذار، وهو ورقة رسمية، بل يمكن أن يتم بورقة غير رسمية كبرقية أو خطاب عادي أو حتى شفويا نزولا على ما يقتضيه العقد التجاري من السرعة. فالأصل أن لا يستحق الدائن تعويضا من المدين إلا بعد أن يقوم الأول بأعذاره أي مطالبته بالوفاء وذلك بأجراء رسمي. (المادة ٢٥٥ مدني عراقي والمادة ٢١٨ مدني مصري). مع ذلك لا ضرورة لهذا الإعذار في القضايا التجارية[1]. وقد إستقر القضاء على الإكتفاء بأقل من المحررات العادية حيث جاء بأحد أحكام المحاكم المصرية ما يلي: "من المتفق عليه أنه في المسائل التجارية يكفي أن يكون الإعذار ببرقية أو خطاب بل يكفي أن يكون الإعذار بإخطار شفوي إذا كان العرف التجاري يقضي بذلك"[2]. وجاء بحكم آخر ما يلي: "البرقيات والخطابات الموصى عليها التي أرسلها المستأنف الى المستأنف عليه ينبه عليه بضرورة المحافظة على الميعاد تعتبر قانونا أنها تنبيه بالوفاء (إعذارا)، وذلك لأن القانون المدني وإن إشترط أن يكون التكليف بالوفاء رسميا إلا في المواد التجارية، فالقانون لا يستلزم أن يكون هذا التنبيه بإعلان على يد محضر، بل

١- المرجع نفسه ص ١٣، وكذلك د. زكي زكي الشعراوي، العقود التجارية في القانون والفقه والقضاء المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٤ وكذلك د. المصري، حسني، المرجع السابق، ص ٢٢.

٢ - إستئناف القاهرة، ١٦ فبراير ١٩٥٤، موسوعة عبدالمعين لطفي جمعة، رقم ٢٩٠.

يكفي أن يكون ذلك التنبيه ببرقية أو بخطاب عادي أو موصى عليه. ولقد أجمع الشراح والفقهاء على هذا النظر لما تستلزمه المعاملات التجارية من السرعة"[1].

٥- نصت المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨: "النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية وذلك بشرط تقديم كفالة". ويفيد هذا أن الحكم الصادر في الدعوى التجارية ينفذ دون الحاجة الى الفصل في الطعن المقدم وذلك لمراعاة السرعة المطلوبة للأعمال التجارية. فالأصل في القضايا المدنية أن الحكم الصادر فيها لا ينفذ إلا بعد أن تفوت مواعيد الطعن فيها. بينما خلا قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ من نص مماثل وقصر حالات النفاذ المعجل على حالة فيما اذا كان الحكم مبنيا على سند رسمي أو على إقرار المدعى عليه أو نكوله عن حلف اليمين أو إذا كان المدعى به متسارع الفساد أو قابل للتلف[2]، وهو أمر يتطلب المعالجة في ضوء الحاجة لتنشيط وتوسيع النشاط التجاري بين العراق والبلدان الأخرى.

٦- تختص المحكمة التي أبرم في دائرتها عقد المقاولة أو نفذ فيها، في النظر بمنازعات العقد، متى كان فيها موطن المدعي كما تكون من إختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. فتنص المادة ٥٦ من قانون المرافعات المدنية المصري: "في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والإجراء يكون الإختصاص لمحكمة موطن المدعي عليه أو للمحكمة التي تم الإتفاق أو نفذ في دائرتها متى كان فيها موطن المدعي". بينما نصت المادة ٣٧ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩: "المادة ٣٧- أولا: تقام دعوى الدين أو المنقول في محكمة موطن المدعى عليه أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الإلتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي إختاره الطرفان لإقامة الدعوى". ورغم إن مضمون النصين متشابه، لكن النص الأخير أبلغ دلالة وإيجازا.

١- إستئناف مصر، ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠، موسوعة عبدالمعين لطفي جمعة، رقم ٢٧٩.

٢- المادة ١٦٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

المطلب الثالث

تمييز عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى عن العقود المشابهة لها

تناولنا في المطلب الأول تعريف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ثم تحدثنا في المطلب الثاني عن خصائص هذه العقود وبينا أن محلها هو إقامة مبان ومنشآت ثابتة وأنها تخضع لأحكام عقد المقاولة وكذلك أنها عقود تجارية، وبينا آثار ذلك. وقد جعلت تلك الخصائص من هذه العقود متميزة عما يشتبه بها من عقود أخرى.

تتميز عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى عن غيرها من عقود المقاولات. فكونها ترد على مبان ومنشآت ثابتة، فهذا يجعلها تتميز عن عقود المقاولات الأخرى كعقد الإعلان أو عقد النشر أو عقد إلتزام المرافق العامة، ولكون أطرافها من أشخاص القانون الخاص فهذا يجعلها تتميز عن عقود الأشغال العامة. وسنتناول في الفرعين التاليين تميز عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى عن عقود المقاولات بشكل عام وعن عقود الأشغال العامة.

الفرع الأول

تمييزها عن عقود المقاولة

بينا فيما سبق أن إحدى خصائص هذه العقود هي أن محلها يرد على إقامة مبان ومنشآت ثابتة أخرى. وقد جعلت هذه السمة من هذه العقود تختلف عن غيرها من عقود المقاولة. ويمكن إجمال نقاط الإختلاف بين عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وعقود المقاولات بصفة عامة في النقاط التالية، والتي وضعناها في ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول

من حيث موضوع العقد:

تنصب هذه العقود من حيث موضوعها على محل قوامه تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى تتصل بالأرض إتصال قرار سواء قامت فوقها أو تحتها أو مستواها. ويأتي من قبيل المنشآت الثابتة الجسور والقناطر والمصانع والسدود والخزانات والترع والقنوات والمصارف وغير ذلك من المنشآت التي تستقر على الأرض. أما عقود المقاولات الأخرى فمحلها غير ذلك. فمحل عقد النشر هو النتاج الفكري للمؤلف الذي إتفق على نشره بين الناشر والمؤلف، ومحل عقد الإعلان هو المادة الإعلانية التي إتفق على نشرها بين صاحب المادة المعلن عنها وبين الوسيلة الإعلانية كالصحيفة أو المجلة أو التلفزيون، ومحل عقد مقاولة الحفلات هو الحفلة المتفق على إقامتها بين متعهد الحفلات وبين المطرب أو الممثل. بينما تنصرف هذه العقود الى منشآت ثابتة أيا كانت كالمدارس والمستشفيات والمسارح والملاعب وصالة الاجتماعات والقرى السياحية بما تشمله من منشآت والمدن السكنية بما تشمله أيضا من منشآت... الخ شريطة أن يكون البناء مستقرا ثابتا في مكانه

ولا يمكن نقله دون هدمه[1]. وتدخل في نطاق المنشآت الثابتة جميع صور الأنفاق ومحطات المترو والملاجيء والمستودعات ومخابيء الطائرات والافران ومواقف السيارات والسراديب والطوابق السفلية في المباني الى غير ذلك من صنوف الإستغلال.

أما الأكشاك أو الكرفانات مما يمكن فكها ونقلها وتركيبها في مكان آخر، فلا تدخل في نطاق المنشآت الثابتة. وتخرج أيضا عن هذا النطاق السفن والعبارات والعوامات والطائرات والسيارات لأنها ليست عقارات، فلا تعد منشآت ثابتة وبالتالي لا تدخل في حيز عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة.

أما مصارف مياه الأمطار أو المبازل أو القنوات المائية أو تعبيد الطرق أو رصفها أو الآبار الأرتوازية، فقد إستقر القضاء العراقي على إعتبارها من قبيل المنشآت الثابتة[2]. وطالما أن هذه الأعمال متصلة بالأرض إتصال قرار ولا يمكن نقلها دون هدم أو تلف، فيمكن إعتبارها بحق من المنشآت الثابتة التي تدخل في نطاق هذه العقود.

وتدخل أعمال تأهيل المباني من ترميمات وإصلاحات وتجديد وتدعيم وتوسيع وتعلية في الأجزاء الرئيسة من المباني أو ملحقاتها ضمن حيز عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى لأن محلها هو المبان والمنشآت الثابتة، وهناك إجماع فقهي فرنسي ومصري وعراقي على إعتبارها كذلك[3].

أما أعمال الصبغ والدهان والزخرفة والديكور والنقوش وملصقات ورق

١- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ١٥٥.

٢- حكم محكمة تمييز العراق رقم ١٥٨٨/ح/٦٨ في ١٩٦٩/٤/٢٣- منشور في مجلة القضاء- السنة الرابعة والعشرون- تموز، آب، أيلول/٦٩- العدد الثالث، ص ١١٥ وما بعدها.

٣- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٦ وكذلك د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٦٦٦، د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ١٥٦ وكذلك د. عمرو طه بدوي محمد علي، الإلتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٣٣.

الجدران، فيظهر أن الفقه والقضاء في العراق ومصر قد إستقرا على عدم إعتبارها ضمن نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة التي تسري عليها أحكام المسؤولية الخاصة للمقاول، على إعتبار عدم تعلقها بسلامة البناء ومتانته[1]. وإذا كنا نتفق على أنها لا تؤثر تأثيرا خطيرا على سلامة البناء، ولا يترتب على الإخلال بها تهدم البناء أو تداعيه، لكنه لا يمكن إخراجها عن نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وذلك لتوافر أركان هذا النوع من العقود على عقود أعمال الدهان أو الزخرفة أو النقوش. وقد أدخلها المشرع الفرنسي في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ضمن نطاق الضمان السنوي أو ضمان الإلتزام بالصيانة الذي يتحدد بعقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٤ وكذلك د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٦٦٩ ود. قدري عبدالفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ١٥٦ ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٣٩ وكذلك د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

المقصد الثاني

من حيث أطرافه

يبرم هذا النوع من العقود مع مقاول بناء أو مهندس مدني أو معماري يتعهد بموجبه أحدهما أو كلاهما بأقامة أبنية ومنشآت ثابتة أخرى لفرد أو فراد أو شركة أو مؤسسة من القطاع الخاص أو الدولة أو إحدى مؤسساتها ..ا أبرم على أساس كونه عقد مقاولة لا عقد أشغال عامة. فأطراف هذا لعقد هم من الأفراد أو الشركات الخاصة المملوكة للأفراد أو الدولة أو إحدى مؤسساتها ولكن ليس بصفتها سلطة عامة بل كطرف من القانون الخاص. فإذا ما تعلقت المقاولة بأعمال عامة وأبرمتها الدولة بصفتها سلطة عامة تحول العقد الى أشغال عامة أو إلتزام مرافق عامة. ولا أثر لصفة المقاول على تكييف العقد على إنه عقد أشغال عامة، وإنما يتحدد ذلك بصفة رب العمل. فإذا كان العمل يتم لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص وقام به مقاول من أشخاص القانون العام، فالعقد يعتبر عقد مقاولة وليس عقد أشغال عامة[1].

---

١ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٤.

المقصد الثالث

من حيث مسؤولية المقاول والمهندس

لا تنتهي مسؤولية المقاول والمهندس في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى بانجاز العمل وتسليمه لرب العمل مقبولا وقيام الأخير بدفع الأجر للمقاول، وإنما تمتد بحكم القانون الى ما بعد إنتهاء العقد للمدة التي يحددها القانون، بخلاف المقاولات الأخرى التي تنتهي كأي عقد آخر بأنقضاء الإلتزامات المتولدة عنها. وترتفع المسؤولية فيها بتسلم العمل إلا إذا إنطوى العمل على عيب خفي فتمتد عندئذ الى مدة قصيرة يحددها عرف الصناعة[1].

فعقد المقاولة بصورة عامة ينتهي بأنتهاء العمل ويتسلم صاحب العمل الشيء المصنوع ويقبض المقاول للأجرة المتفق عليها. فتسلم رب العمل للشيء المصنوع يعد إعترافا منه بأن الطرف الآخر قد أدى الإلتزامات المترتبة عليه بشكل صحيح وبذلك تنتهي مسؤولية المقاول. وإذا ما ظهر أي عيب مستقبلا، فلا يعتبر الأخير مسؤولا. هذه هي القاعدة العامة. لكن المشرع قد أبقى المقاول والمهندس في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة مسؤولين حتى بعد إنتهاء العمل وتسلم صاحب العمل للبناء المتفق على تشييده. ويرجع ذلك الى تقدير المشرع بأن عيوب البناء قد لا تظهر إلا بعد مرور فترة من الوقت، وينبغي ضمان حقوق رب العمل غير المختص بالبناء في مواجهة المقاول والمهندس اللذين تفترض خبرتهما الواسعة في هذا الميدان.

وقد حدد النص القديم للمادة المذكورة مدة خمس سنوات كمدة للضمان. وقد ألغي هذا النص وحل محله النص المذكور بموجب القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٣ الذي حدد فترة عشر سنوات كمدة للضمان. بينما لا تزال فترة الضمان في مجلة الإلتزامات والعقود التونسية خمس سنوات[2] وكذلك في قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ٦٦٨).

١- محمد عبدالرحيم عنبر، المرجع السابق، ص ٥٤-٥٧، وكذلك محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩.

٢- المادة ٨٧٦ من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية المعدلة بموجب قانون عدد ٨٧ في ١٥ أوت ٢٠٠٥ ونصها كما يلي: "الفصل ٨٧٦: المقاول والمهندس المكلف من طرف المالك مسؤولان=

الفرع الثاني

تمييزها عن عقود الأشغال العامة

تتفق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة مع عقود الأشغال العامة في أن كليهما ينصبان على عقار، إضافة إلى كونهما ينشآن عن توافق إرادتين على إنشاء إلتزامات، ويرتكزان على أركان واحدة من رضاء ومحل وسبب، فضلا عن توافق معظم شروط صحة الرضا والمحل والسبب في كليهما. ويعرف عقد الاشغال العامة بأنه عقد تعهد الإدارة بمقتضاه الى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر تحقيقا للمنفعة العامة[1]. وعرفته محكمة القضاء الإداري المصري بأنه "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء والترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[2].

=بمقتضى العرف في الخمس سنين الموالية لإتمام البناء أو غيره مما كلفا بأجرائه أو بمراقبته عن سقوط البناء كله أو بعضه أو تداعيه للسقوط على وجه واضح إن كان ذلك ناشئا عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض. لكن المهندس الذي رسم صورة البناء ولم يكلف بمراقبة الأشغال لا يضمن إلا عيوب رسمه، وتحسب الخمس سنين المذكورة من يوم تسلم المصنوع والقيام بالدعوى المذكورة لا يسمع إلا في الثلاثين يوما من يوم وقوع السقوط أو ظهور التداعي الذي يترتب عنه الضمان".

وتنص المادة ٧٨٨ من القانون المدني الاردني: "إذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول". وبذلك لم يشترط المشرع الاردني في المنشآت أن تكون ثابتة، مما يعني أن الضمان العشري يمكن أن يشمل منشآت غير ثابتة كالبواخر والسفن والطائرات وغير ذلك.

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٢، ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٣٦ ود. فتيحة قرة، المرجع السابق، ص ٥٦.

٢- حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ بمجموعة الأحكام، السنة ١١، ص ١٠٤.

والنقطة الجوهرية في الفرق بين عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة وبين عقود الأشغال العامة هي أن عقود مقاولات المباني هي من العقود التي ذكرها القانون المدني فهي بذلك تعد من عقود القانون الخاص. وتعتبر عقودا مدنية بالنسبة الى رب العمل، إلا إذا كان تاجراً وأبرم العقد لشؤون تجارته. وتعتبر عقودا تجارية بالنسبة للمقاول. أما عقود الأشغال العامة فهي عقود إدارية من عقود القانون العام،[1] ولا تخضع لأحكام القانون الخاص إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام، أو إذا ثبت أن الإدارة قصدت إبرامها وفقا لقواعد القانون الخاص.

وبناءً على ذلك تختلف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة عن عقود الأشغال العامة بما يلي:

١- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٣٥.

المقصد الأول

من حيث صفة رب العمل

يتم العمل في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص، سواء كان فردا أو شركة أو مؤسسة. أما في عقود الأشغال العامة فيتم العمل لحساب شخص معنوي عام. ويكون العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام إذا كان لهذا الشخص إشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع العقد أو كان مآل العقد الى الشخص المعنوي العام بعد مدة معينة[1].

ولا يشترط أن يكون العقار موضوع العقد مملوكا لشخص عام لكي يعتبر العقد عقد أشغال عامة. فإذا إستأجرت الدولة عقارا من فرد وخصصته لتحقيق منفعة عامة، ثم تعاقدت مع مقاول لإجراء بعض الإصلاحات أو التعديلات عليه، فان العقد يعتبر أشغالا عامة[2]. كذلك يعتبر العقد عقد أشغال عامة إذا تعاقد أحد طرفيه بأسم ولمصلحة الإدارة[3]. ولا يهم إن كان هذا الشخص المعنوي العام من أشخاص الإدارة المركزية كالدولة والهيئات العامة الأخرى التابعة لها، أو من أشخاص الإدارة المحلية أو الإقليمية كمجالس المحافظات والمدن.

---

١ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص ١٢٧.

٢ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٢، وكذلك د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولا ئحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٣.

٣ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٣.

المقصد الثاني

من حيث الغاية من تنفيذ العقد

تكون الغاية من تنفيذ عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى تحقيق مصلحة خاصة لرب العمل. أما الغرض من عقد الأشغال العامة فهو تحقيق منفعة عامة. فقد إرتبطت فكرة الأشغال العامة بفكرة المصلحة العامة إرتباطا وثيقا. فطالما تحقق هذه العقود مصلحة عامة ولو لم تدخل في نطاق الدومين العام أو المرفق العام فهي من عقود الأشغال العامة. وبناء مساكن للمواطنين من قبل البلدية من الأشغال العامة طالما إستهدفت الأشغال تحقيق مصلحة عامة[1]. وإذا قامت الدولة من نفسها بالتعاقد مع مقاول لإعادة بناء مخبز مملوك لأحد الأفراد تحقيقا للمصلحة العامة، كان العقد عقد أشغال عامة[2]. والذي يعول عليه في تحديد الغاية من العقد هو الباعث الرئيس. فلو إستهدف العقد تحقيق المصلحة العامة فانه يعتبر من عقود الأشغال العامة ولو ترتب عليه بالتبعية تحقيق مصلحة مالية للإدارة[3].

---

١ - د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية- دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها- القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

٢ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص ٦٣.

٣ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ١٢٩، ود. محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢٥- ٢٦.

المقصد الثالث

من حيث التراضي

يتميز عقد مقاولات المباني والمنشآت الثابتة بأنه عقد رضائي لا يشترط لإنعقاده شكل معين، بل أن الكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات المقاولة حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات،[1] فهو ينعقد بمجرد تراضي طرفيه عليه، وقد يتم ذلك كتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة الدالة[2]. بينما لا يتم عقد الأشغال العامة بمجرد التراضي، بل يخضع لإجراءات متعددة لا يمكن للإدارة نفسها أن تتحلل منها[3].

المقصد الرابع

من حيث المساواة

تتوفر المساواة والتوازن عادة بين المتعاقدين في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة، بينما تتمتع الإدارة في عقود الأشغال العامة بسلطات إستثنائية لا يتمتع بها الطرف الآخر الذي هو المقاول، مما يشكل خللا جسيما بمبدأ المساواة في العقود. ويلاحظ أن الإدارة تستقل غالبا بتحديد شروط العقد بحيث لا يكون على المقاول إلا الإذعان لهذه الشروط[4].

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ ٧، ص ٨.

٢- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٦.

٣ - د. فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، (بلا دار نشر وسنة طبع) ص ٢٢٢.

٤- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، هامش (١)، ص ٦٤.

المقصد الخامس

من حيث الجهة المختصة بحسم النزاعات الناشئة حول هذه العقود

يختص القضاء الإداري دون غيره في كل من مصر وفرنسا بالنظر في النزاعات القائمة بين المقاول والإدارة بسبب عقد الأشغال العامة. بينما تدخل نزاعات عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة، في إختصاص القضاء العادي. أما في العراق، فقد حدد القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ (قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩) الذي تم بموجبه إنشاء محكمة القضاء الإداري، إختصاصات هذه المحكمة ولم يرد فيه أن من إختصاصاتها النظر في نزاعات عقود الأشغال العامة، مما يشير الى أنها تدخل ضمن إختصاص القضاء العادي. وحبذا لو سلك المشرع العراقي مسلك المشرع الفرنسي والمصري في إدخال طائفة عقود الأشغال العامة في إختصاصات محكمة القضاء الإداري نظرا لما تتمتع به هذه العقود من أهمية إستثنائية على صعيد المصلحة العامة للمجتمع.

المبحث الأول

مفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وخصائصه.

بعد إن تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية وتعريف وخصائص عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وتمييزها عن غيرها من العقود، ستتناول في هذا المبحث ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث مفهومه وتعريفه وخصائصه.

كان الأفراد يعرفون هذا الإلتزام الذي يسمى في القانون الفرنسي بأسم ضمان تمام الإنجاز أو كمال الأعمال ويتعاملون به في عقودهم طواعية، لكن المقاول لا يلتزم به الا اذا نص عليه بالعقد. ثم أدخل هذا الضمان في نصوص أحد عقود المقاولات النموذجية بفرنسا الذي وضع في ١٩٤٨. وفي ٤ ك٢/ يناير ١٩٧٨ فرض المشرع الفرنسي هذا الضمان على المقاول لصالح رب العمل وذلك في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ عندما عدل نصوص المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي مستحدثا ما أطلق عليه La garantie de parfait achievement. وأصبح هذا الضمان إجباريا وقانونيا ويرتب مسؤولية قانونية على المقاول في حالة الإخلال به. وقد خص المشرع المقاول دون غيره بالخضوع لهذا الضمان. بينما بقيت القوانين المدنية العربية خالية من مثل هذا الضمان، الذي إقتصر وجوده على عقود القانون العام.

ولغرض الإحاطة بمفهوم هذا الضمان ينبغي أولا تعريفه وبيان خصائصه والعناصر الأساسية في التعريف التي تميزه عن غيره من الضمانات، ثم بيان سماته من حيث مفهومها وما يترتب عليها من آثار. ولتحقيق ذلك قسمنا هذا المبحث الى مطلبين، فيتحدث **المطلب الأول** عن تعريف ضمان الإلتزام بالصيانة وعناصر هذا التعريف والتعريف الأنسب من وجهة نظر الباحث، ويتحدث **المطلب الثاني** عن خصائص هذا الضمان من حيث مفهومها وما يترتب عليها من آثار، وكما يلي:

المطلب الأول

تعريف ضمان الإلتزام بالصيانة

تعددت تسميات هذا الضمان. فأطلق عليه القانون المدني الفرنسي - المادة ١٧٩٢-٦ إصطلاح ضمان كمال الاعمال،[1] La garantie de parfait achevement. بينما ورد في المادة ٨٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات لعام ١٩٨٣ المصرية الملغاة وكذلك المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية النافذة إصطلاح ضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل. وناقشه الشراح بأسم ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي[2]. في حين ورد في المادة ٥٠ من شروط أعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط العراقية بأسم الإلتزام بالصيانة. وأشار اليه بعضهم بأسم ضمان التشطيب[3]. وجاء بالمادة ١/١١ من الكتاب الأحمر لأعمال الهندسة المدنية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين (الفيديك)[4]، وهو عبارة عن عقد مقاولة نموذجي، بتسمية إنجاز الأعمال المتبقية وإصلاح العيوب Completion of Outstanding Work and Remedying Defects. وربما يكون التعبير المألوف أكثر في الدراسات القانونية هو ضمان تمام الإنجاز أو

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، صفحة ١٧٢.

٢- المرجع السابق، الهامش ٩٥، ص ١٧١، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٢٠، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ٤٢٩.

٣- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، عقد المقاولة، صفحة ١٩٠.

٤-الفيديك FIDIC هو إختصار للإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين Federation Interriationale des Ingenieurs-Conseils. وقد تأسس في بلجيكا في ١٩١٣ على يد فرنسا وسويسرا إضافة لبلجيكا، وكان في بدايته منظمة أوربية. وفي ١٩٤٩ إنضمت اليه المملكة المتحدة وفي ١٩٥٨ لحقت بها الولايات المتحدة. وخلال السبعينيات إنضمت اليه معظم الدول الصناعية، وأصبح الفيديك منظمة عالمية أكثر منها أوربية. ويبلغ عدد البلدان المنضمة اليه حاليا ٦٧ بلداً. وبموجب القانون الدولي العام، يعتبر الفيديك منظمة دولية غير حكومية. ومقره حاليا في مركز التجارة العالمي بجنيف بسويسرا. وفي ١٩٥٧ أصدر الإتحاد الطبعة الاولى من الكتاب الأحمر لأعمال الهندسة المدنية، وهو عقد مقاولة نموذجي، تلتها عدة طبعات معدلة أخرى.

ضمان كمال الأعمال أو الضمان السنوي. وسنشير اليه في هذه الدراسة بأصطلاح ضمان الإلتزام بالصيانة اذا كان الأمر يتعلق بالقانون العراقي، ويضمان تمام الإنجاز إذا كان الأمر يتعلق بالقانون الفرنسي، ويضمان حسن تنفيذ الأعمال اذا كان الأمر يتعلق بالقانون المصري، وبالضمان السنوي اذا كان الأمر يتعلق بآراء الشراح وإجتهادات الفقهاء.

نصت المادة ١٧٩٢- الفقرة ٦ من القانون المدني الفرنسي والتي أضيفت بموجب القانون رقم ١٢ الصادر في ٤ يناير/ك٢ ١٩٧٨ على ما يلي:

"يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل، والذي بواسطته يكون المقاول مسؤولا خلال مدة سنة من تسليم الأعمال عن إصلاح جميع العيوب المشار اليها من قبل رب العمل سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في محضر التسليم أو بطريق الأخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة. وتحدد المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح بالإتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول المعني. فإذا لم يتفقا على مهلة أو لم يتم التنفيذ في المهلة المحددة، جاز، بعد إعذار المقاول وعدم إستجابته أن تنفذ عمليات الإصلاح على حسابه وعهدته. ويثبت تنفيذ العمليات التي يستلزمها هذا الضمان إما بأقرار الطرفين أو بحكم قضائي. ولا يمتد هذا الضمان للعمليات اللازمة لمعالجة آثار القدم (الإستهلاك) العادي أو الإستعمال"[1].

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٢. . وجاء نص المادة في بحث للدكتور مصطفى رجب، بعنوان الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى- التجربة الفرنسية الجديدة والقانون المدني العراقي، منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السابع، العدد (١و٢) لسنة ١٩٨٨ كما يلي: يشمل ضمان كمال الأعمال الذي يلتزم به المقاول لمدة سنة واحدة من تاريخ التسلم، إصلاح أي خلل تتم ملاحظته من قبل رب العمل سواء تم عن طريق التحفظ في محضر الإستلام أو بإشعار تحريري بالنسبة لما يحدث من خلل بعد الإستلام. ويتم تحديد المدة اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح بإتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول المعني. وفي حالة عدم الإتفاق على المهلة أو عند عدم إجراء الإصلاحات خلال المدة المحددة فإن تلك الأعمال يمكن، بعد الإعذار غير المجدي، أن تنفذ على نفقة ومسؤولية المقاول المقصر. =

ونصت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادرة بموجب القرار ١٣٦٧ الصادر في ١٩٩٨/٩/٦ على ما يلي:

"يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل- لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت، وذلك دون إخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني أو أي قانون آخر. والمقاول مسؤول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان طبقا لشروط التعاقد. فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب، يقوم بإصلاحه على نفقته، وإذا قصر في إجراء ذلك، فللجهة الإدارية أن تجريه على نفقته وتحت مسؤوليته".

بينما نصت المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية النافذة والصادرة من وزارة التخطيط العراقية والسارية أحكامها على عقود مقاولات المشاريع العامة للدولة[1] على ما يلي:

=ويتم تثبيت حالة تنفيذ الأعمال المشمولة بهذا الضمان بإتفاق الطرفين وإلا فعن طريق القضاء. ولا يشمل الضمان الأعمال الضرورية لإصلاح آثار الإستعمال أو الإستهلاك الإعتيادي".

وجاء نص هذه المادة في دراسة د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٢٩ بالشكل الاتي:

"المادة ١٧٩٢/٦: يمتد ضمان تمام الإنجاز الذي يلتزم به المقاول في خلال سنة من وقت التقبل، الى اصلاح كل خلل اشار اليه رب العمل، سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التقبل، أو بأخطار كتابي بالنسبة للعيوب الاخرى، التي لم يتم إكتشافها إلا بعد حصول التقبل. وتحدد المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح، بالإتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول الذي يعنيه الامر. فإذا لم يتفقا على مهلة، أو لم يتم التنفيذ في المهلة المحددة، جاز بعد إعذار المقاول وعدم استجابته أن تنفذ عمليات الإصلاح على حسابه وعهدته. ويثبت تنفيذ العمليات التي يستلزمها هذا الضمان، إما بأقرار الطرفين، أو بحكم قضائي. إن هذا الضمان لا يشمل الأعمال اللازمة لمعالجة الآثار المترتبة على الإستهلاك أو عن الإستعمال العادي".

والرأي أن هذه الترجمات مهما تعددت صياغاتها إلا أنها تحمل نفس مضمون النص الفرنسي. أنظر النص الفرنسي في الملحق رقم ١ من هذه الدراسة.

1- أنظر المادة ٢ والمادة ١٥ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٧.

١- مدة الصيانة :

يقصد بتعبير مدة الصيانة الوارد في هذه الشروط مدة الإثنى عشر شهرا (إلا إذا نص على خلافه في المقاولة) التالية لتاريخ إكمال الأعمال المثبت في شهادة لإستلام الصادرة بموجب المادة ٤٩ من هذه الشروط. أما في حالة قيام المهندس بأصدار أكثر من شهادة واحدة بموجب المادة المذكورة فان مدة الصيانة تحتسب من التواريخ المثبتة بتلك الشهادات وينصرف تعبير الأعمال فيما يخص مدة الصيانة في حالة تعدد الشهادات الى القسم الذي تعنيه تلك الشهادة.".

وقد عرفت اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ في "باب تمهيدي – التعريفات" أعمال الصيانة بأنها إجراء الأعمال التي من شأنها المحافظة على بعض أو جميع أجزاء المبنى بحالتها الاصلية أو بكفاءة مناسبة".

ونصت المادة ٤٤-١ من كراسة الشروط العامة الفرنسية C.C.A.G) 1976) على ما يلي: "يلتزم المقاول خلال فترة الضمان إضافة الى إلتزاماته الناشئة عن الفقرة ٤ من المادة ٤١ بإلتزام ضمان تمام الإنجاز". وحددت مدة الضمان بسنة واحدة لجميع عقود الاشغال العامة[1].

كما تناولت معظم القوانين العربية[2] هذا الضمان "وحددت مدته بسنة واحدة تبدأ من تاريخ إشعار المقاول للإدارة بأستعداده للتسليم الإبتدائي وذلك بالنسبة لكافة عقود الأشغال العامة"[3].

---

1 - Art 44.1 du C.C.A.G 1976 "Le delai de garantie est... d' un an a compter de la date d'effet de la reception, ou de six mois a compter de cette date si le marche ne concerne que des travaux d' entretien ou des terrassements".

٢- أنظر على سبيل المثال المادة ٤١ من قرار مجلس الوزراء السعودي رقم ١٣٦ وكذلك المادة ١١٧ من القرار الوزاري رقم ١٤ لسنة ١٩٧٨ في الإمارات العربية المتحدة.

٣- د. وليد عبدالرحمن إسماعيل مزهر، إلتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠١،، ص ١١٩.

وقد نص عقد المقاولة النموذجي الصادر عن إتحاد الفيديك المسمى بالكتاب الأحمر على هذا الإلتزام في المادة ١١ منه. ولم يحدد فترة معينة له، لكنه أعطى لرب العمل الحق في طلب معالجة العيوب التي قد تظهر في أعمال المقاول خلال فترة لا تزيد عن سنتين. فقد جاء في نص هذه المادة ما يلي:

"١١/١: إنجاز الاعمال المتبقية واصلاح العيوب: لغاية أن تكون الأشغال ووثائق المقاول وأي قسم منها في الحالة التي يتطلبها العقد (بأستثناء ما قد ينجم عن الإستعمال العادي أو الإستهلاك المتوقع)... فانه يتعين على المقاول: أ- إنجاز أي عمل متبق إعتبارا من التاريخ المحدد في شهادة تسلم الأشغال، خلال مدة معقولة وفقاً لتعليمات المهندس. ب- تنفيذ جميع الأعمال المطلوبة لإصلاح العيوب أو الضرر وفقاً لتعليمات صاحب العمل (أو من ينوب عنه)، بتاريخ أو قبل إنقضاء فترة الإشعار بإصلاح العيوب في تلك الأشغال أو في أي قسم منها (حسب واقع الحال). ثم يأتي العقد النموذجي الى فترة الإشعار بإصلاح العيوب في المادة ١١/٣ التي تنص: "لصاحب العمل الحق في تمديد فترة الإشعار بإصلاح العيوب في الأشغال أو أي قسم منها، بموجب المادة ٢/٥، إذا وإلى الحدّ الذي تكون فيه هذه الأشغال أو أي قسم منها، أو أي بند رئيس من التجهيزات الآلية (حسب واقع الحال بعد تسلمه) لا يمكن إستعمالها للأغراض المقصودة منها، وذلك بسبب وجود عيب أو ضرر، إلا إنه لا يجوز تمديد تلك الفترة لأكثر من سنتين"[١].

وقد عرَّفَ الشراح ضمان تمام الإنجاز بأنه: "حالة من حالات الضمان الذي يكون المقاول مسؤولا بموجبه، وبطريقة شبه تلقائية، عن أي خلل

١- الطبعة الخامسة من الكتاب الأحمر الصادر عن إتحاد الفيديك والمنشور على الموقع الألكتروني للإتحاد: http://www.fidic.org/

يحدث في البناء خلال مهلة سنة من تسليمه، بحيث يكون لرب العمل الحق في المطالبة بإصلاح هذا الخلل أو بالتعويض عنه، دون ما حاجة لإثبات أي أمر آخر غير وجود هذا الخلل"[١].

وعرّفه آخر بأنه: عبارة عن إلتزام قانوني بالإصلاح العيني لكل خلل يعين أو يشار إليه من قبل رب العمل، طبقا للشروط المنصوص عليها قانوناً، وذلك بهدف إعادة العمل مطابقاً للحالة التي كان عليها، أو كان ينبغي أن يكون عليها عند التسليم[٢].

بينما عرفه ثالث بأنه: "عبارة عن إلتزام قانوني موضوعه إصلاح كل خلل أشار اليه رب العمل طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا، وذلك بهدف إعادة العمل مطابقا للحالة التي كان عليها، أو كان ينبغي أن يكون عليها عند التسلم"[٣].

من التعاريف المتقدمة، يمكن إستخلاص عناصر تعريف هذا الضمان. فهو أولا- إلتزام على عاتق المقاول فرضه القانون، وثانيا- محله هو إصلاح العيوب أو الخلل في البناء أو المنشأ الثابت، وثالثا- أن يأتي ضمن المدة المقررة قانونا.

لهذا يمكن تعريفه بأنه إلتزام يقع على عاتق المقاول، يلتزم بمقتضاه المقاول بالقيام "بجميع التصليحات والتعديلات وإعادة الإنشاء وملافاة النواقص والعيوب والشقوق أو أية عيوب أخرى وإصلاح وصيانة وإكمال جميع النواقص والعيوب"[٤] التي قد تظهر في المنشأ محل العقد، خلال مدة سنة من تاريخ تسليمه لرب العمل.

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٦.

٢ - د. عبدالرزاق حسين يس. المرجع السابق، ص ١٠٢٤.

٣- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

٤ - المادة ٥٠-٢ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، ص ٣٠

المطلب الثاني

خصائص ضمان الإلتزام بالصيانة

بعد إن قدمنا النصوص القانونية التي عالجت ضمان الإلتزام بالصيانة وتناولنا تعريفه وعناصر هذا التعريف ثم التعريف الذي نراه مناسبا له، يرى الباحث أن هناك جملة من الخصائص التي تميز هذا الضمان. لهذا سنحاول في هذا المطلب تناول الخصائص المميزة له وآثارها والتي تأتي في مقدمتها خاصية أنه إلتزام غير قابل للإنقسام ثم إنه إلتزام مستمر التنفيذ وإلتزام بتحقيق نتيجة وأخيرا أنه إلتزام مستقل وغير تابع. وسنتناول هذه الخصائص من حيث مفهومها والآثار المترتبة عليها وذلك بأربعة فروع وكما يلي:

الفرع الأول

الإلتزام بالصيانة في الأصل إلتزام غير قابل للإنقسام.

سنحاول في هذا الفرع شرح مفهوم كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما غير قابل للإنقسام، ثم نتطرق الى الآثار المترتبة على ذلك، أي النتائج التي تفرزها خاصية كونه غير قابل للإنقسام وذلك في مقصدين، يتناول **المقصد الأول** مفهوم كونه غير قابل للإنقسام ويتحدث **المقصد الثاني** عن آثار كونه غير قابل للإنقسام وكما يلي:

المقصد الاول

مفهوم كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما غير قابل للإنقسام

نصت المادة ٣٣٦ من القانون المدني العراقي وكذلك المادة ٣٠٠ من القانون المدني المصري على ما يأتي: "يكون الإلتزام غير قابل للإنقسام: ١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ٢- إذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان أن الإلتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، أو إذا إنصرفت نية المتعاقدين الى ذلك".[1]

"يقصد بعدم القابلية للإنقسام، كوصف للإلتزام، حالة ما إذا كان من الواجب تنفيذ الإلتزام كوحدة واحدة أو جملة واحدة، دون أن ينقسم على أطرافه المتعددين، رغم عدم وجود تضامن بينهم فيه، وذلك خلافا للأصل الذي يوجب إنقسام الدين في هذه الحالة ما دام لا يوجد تضامن بين أطرافه المتعددين. ويعني عدم الإنقسام أن كل مدين- إذا كان التعدد في المدينين- يكون ملزما بوفاء الإلتزام كاملا، وأن لكل دائن- إذا كان التعدد في الدائنين- أن يطالب بأدائه كاملا".[2]

تعود عدم القابلية للإنقسام في ضوء القانونين المدنيين العراقي والمصري الى أحد سببين: ١- طبيعة محل الإلتزام. ٢- إشتراط عدم تجزئة الوفاء. لهذا يذهب بعض الفقهاء الى تسمية الحالة الأولى بعدم القابلية للإنقسام المطلقة كالإمتناع عن القيام بعمل أو الإلتزام بتسليم سيارة، وتسمية الحالة الثانية بعدم القابلية للإنقسام النسبية كإلتزام المقاول ببناء دار أو عمارة. فالفعل المطلوب، وإن كان قابلاً للتجزئة لأنه ينجز على مراحل، لكن الإلتزام يلزم

١- وجاءت بنفس النص المادة ٣٠٠ من التقنين المدني السوري والمادة ٣٨٧ من التقنين المدني الليبي، ويسمي القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الإلتزام غير القابل للإنقسام عدم قابلية التصرف للتجزئة (المادتان ٤٤٢ و٤٤٣)، ولا تختلف أحكامه عما ذكره القانون المدني العراقي والمصري. ويطلق عليه تقنين الموجبات والعقود اللبناني الموجب غير القابل للتجزئة (المادة ٧٠).

٢ - د. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للإلتزام (في القانون المدني المصري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٣٢٤.

أن يكون ليس مجزءا[1]. فالإلتزام ببناء منزل هو إلتزام غير قابل للإنقسام، لا بأصل خلقته، وإلا فمن الممكن أن تتصور تجزئة بناء المنزل، فيقوم بتشييد حيطانه مقاول، ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقاول ثان، ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقاول ثالث وهكذا. ولكن الإلتزام عندما يقع على بناء منزل في مجموعه، فقد جعل محل الإلتزام كلا غير قابل للتجزئة، ولا يعتبر الإلتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله[2]، لأن محل الإلتزام في نظر المتعاقدين ليس عناصر البناء المختلفة وإنما البناء ككل[3]. فإذا تعهد مقاولان ببناء منزل وفقاً لمواصفات معينة فلا ينقسم الإلتزام عليهما وإن لم يشترط التضامن بينهما، فلا يكفي أن يقوم أحدهما ببناء جزء من المنزل تاركاً للآخر بناء الجزء الباقي إتماماً للمواصفات، بل يكون لرب العمل أن يطالب أياً منهما ببناء المنزل كاملاً وفقاً للمواصفات المتفق عليها[4].

لهذا فان مصدر عدم قابلية إلتزام المقاول للتجزئة والإنقسام ليس طبيعة محل العقد بل هو الإتفاق الصريح أو الضمني. فعلى الرغم من أن محل العقد يكون قابلا للتجزئة إلا أن العقد هو السبب في جعل محل العقد غير قابل للإنقسام، ولو أن طبيعته تسمح بالإنقسام، وأن المحل يتم على مراحل متعاقبة وهو إتفاق صحيح ويكون موصوفاً وإلا فان المتعاقد يكون مرتكبا لخطأ عقدي هو التنفيذ الجزئي للإلتزام[5].

---

١ – د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام والإثبات، مكتبة عبدالله وهبه، مصر، ١٩٦٧، ص ٣٤٦-٣٤٨.

٢– د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٩، صفحة ٣٢٨.

٣– د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

٤– المرجع نفسه، ص ٣٤٨.

٥ – د. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية) الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢، ص ٢٠٤.

وبما أن الإلتزام بالصيانة هو أحد الإلتزامات القانونية للمقاول بموجب القانون المدني الفرنسي واللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري وشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية ومعظم لوائح القانون العام العربية وأحد الإلتزامات العقدية والإتفاقية بموجب القانونين المدنيين المصري والعراقي وباقي القوانين المدنية العربية، فانه يعتبر إلتزاما غير قابل للإنقسام رغم إمكانية تجزئته وتنفيذه على مراحل وذلك لأنه "قد نظر اليه في العقد بحسبانه كلا واحدا لا يقبل التجزئة"[1]. فهذا الإلتزام رغم إمكانية تجزأته وفقا لطبيعة العمل من بناء أو نجارة أو حدادة... الخ، لكنه يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة، لأن محله وفقا لغرض المتعاقدين هو المنزل بأكمله لا أجزاء منه[2].

وفي حكم لمحكمة إستئناف نينوى في العراق برقم ٣٧/ س/ ٩٨٣ بتاريخ ٢٥/ ٦/ ١٩٨٤ جاء فيه أن إلتزام كل من الطرفين بأنجاز أبراج مراقبة معمل سمنت حمام العليل حسب خرائط وتصاميم خاصة وعدم تنفيذ العمل متما وفقا لهذه المواصفات الفنية وحيث أنهما متضامنين تجاه الغير (من ينفذ العمل لحسابه) ونظرا (لعدم قابلية الإلتزام للإنقسام لوروده على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم) فان إلتزامهما لا يجوز تنفيذه منقسما تجاه رب العمل فيكون كل منهما ملزما بوفاء الإلتزام بكامله حسب منطوق الفقرة الاولى من المادة ٣٣٧ من القانون المدني التي نصت على ما يأتي: (١- إذا تعدد المدينون في إلتزام غير قابل للإنقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا)[3]. فطبيعة محل الإلتزام في عقد المقاولة، قابلة للإنقسام ماديا بل لا يمكن تصورها الا مجزأة، فعدم القابلية للإنقسام لا تعود الى طبيعة المحل بل الى عقد المقاولة ذاته. "فالعمل المطلوب إنجازه في نظر أطراف العقد غير

---

١ – د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، أحكام الإلتزام، صفحة ٣٢٥.

٢ – د. أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام "أحكام الإلتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، صفحة ٢٦٦-٢٦٧.

٣ – مشار اليه في د. منذر الفضل، المرجع السابق، صفحة ٢٠٣، هامش رقم ٢.

جائز تجزأته وإن المقاولين يتضامنان في إنجازه ولا ينقسم الإلتزام عليهما حتى لو لم يشترط التضامن بينهما"[1]. ويستفاد من سند الإتفاق أن الإلتزام لا تجوز تجزئة الوفاء به، رغم كونه قابلا بطبيعته للتجزئة. وقد يكون هذا الإتفاق صريحا أو ضمنيا، فلا يصح التنفيذ الجزئي له، لأنه لا يفي بالغرض الذي قصده المتعاقدان، فلا يصح الوفاء الجزئي بل يجب الوفاء بالكل[2].

مما تقدم نخلص الى أن التزام المقاول بموجب هذا الضمان هو إلتزام غير قابل للإنقسام ، لأنه لا يصح التنفيذ الجزئي له ولا يصح الوفاء الجزئي بل يجب الوفاء به كاملا، وبخلافه يكون المقاول مخلا بإلتزامه بالضمان.

---

١ - المرجع نفسه، صفحة ٢٠٣.

٢- د. عبدالمنعم البدراوي، لنظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام (آثاره، أوصافه. انتقاله، انقضاؤه)، (بلا دار النشر) ١٩٩٢، صفحة ٢٨٧.

المقصد الثاني

آثار كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما غير قابل للإنقسام

إن الأثر الجوهري لعدم قابلية الإلتزام للإنقسام هو وجوب الوفاء به جملة واحدة، فالإلتزام غير القابل للإنقسام لا يقبل الوفاء الجزئي[1]. ولا تظهر أهمية عدم القابلية للإنقسام إلا عندما يتعدد الدائنون أو المدينون. أما إذا كانت الرابطة القانونية تجمع بين دائن واحد ومدين واحد، فان القاعدة نفسها... هي عدم جواز تجزئة الوفاء، بمعنى أنه لا يجوز إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه، حتى ولو كان محل الإلتزام قابلا لأن ينقسم[2].

حددت المادة ٣٠١ من القانون المدني المصري والمادة ٣٣٧ من القانون المدني العراقي اللتان جاءتا بنفس النص، آثار الإلتزام غير القابل للتجزئة حيث نصتا على الآتي:

١- "إذا تعدد المدينون في إلتزام غير قابل للإنقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا.

٢- وللمدين الذي وفى الدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك".

كما حددت المادة ٣٠٢ من القانون المدني المصري والمادة ٣٣٨ من القانون المدني العراقي اللتان جاءتا أيضا بنفس النص، آثار الرابطة القانونية غير القابلة للإنقسام عند تعدد الدائنين عندما نصتا على الآتي:

"١- إذا تعدد الدائنون في إلتزام غير قابل للإنقسام أو تعدد ورثة الدائن في هذا الإلتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الإلتزام كاملا. فإذا إعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك كان المدين ملزما بأداء الإلتزام للدائنين مجتمعين أو بإيداع الشيء محل الإلتزام.

١- د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

٢ - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، صفحة ٣٢٨.

٢- يرجع الدائنون على الدائن الذي إستوفى الإلتزام كل بقدر حصته".

إذن الأصل إذا كان الإلتزام قابلا للإنقسام وتعدد المدينون أو الدائنون، فانه ينقسم عليهم كل بحسب حصته. أما "إذا كان غير قابل للإنقسام فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة. وعلى كل مدين أداؤه كاملا للدائن. حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين"[١]. "فنص المواد المذكورة من القانون المدني يدل على أن وصف عدم قابلية الإلتزام وإن كان ينبعث في جوهره من محل الإلتزام إلا أنه ينصرف في آثاره الى أطراف الإلتزام، ذلك أنه... لا تظهر أهمية عدم قابلية الإلتزام للإنقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون إما إبتداء عند إنشاء الرابطة القانونية، وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفا من طرفي الإلتزام"[٢].

في ضوء هاتين المادتين لا تظهر آثار عدم قابلية الإلتزام للإنقسام إلا إذا تعدد المدينون أو الدائنون. "والواقع من الأمر أنه ما دام كل من الدائن والمدين واحداً فسواء كان الإلتزام قابلا للإنقسام أو غير قابل له، فليست هناك أية أهمية عملية لهذا التمييز، إذ أن الإلتزام- قابلا للإنقسام أو غير قابل له- يكون دائما في تنفيذه غير قابل للإنقسام. ولا يستطيع المدين أن يجزيء تنفيذه وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ولو كان الإلتزام قابلا لهذه التجزئة"[٣].

ففي حالة تعدد المدينين (المقاولين) "يجوز للدائن مطالبة أي مدين بوفاء كامل الإلتزام ويحق له مطالبتهم مجتمعين بتنفيذه غير مجزأ"[٤]، فيلتزم كل مدين في صلته بالدائن بالوفاء بالدين كاملا (وحدة الدين)[٥]. ثم يرجع المدين الذي أوفى الدائن على بقية المدينين بقدر حصة كل منهم في الدين إلا إذا

---

١ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٣، ص ٣٣١.

٢- جلسة ١٩٧٩/٣/١٧، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣٠، ص ٨٣٩.

٣- د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٣١.

٤- د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

٥ - د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

تبين من الظروف غير ذلك[1]، بأن كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فيتحمله وحده... وإذا كان للموفي حق الرجوع على الباقين كما في إلتزام عدة مقاولين ببناء منزل، فلا يتحمل الموفي وحده تبعة إعسار من يعسر من المدينين الآخرين بل توزع التبعة على الموسرين جميعا[2].

وفي حالة تعدد الدائنين (أرباب الأعمال) "جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الإلتزام كاملا من المدين"[3] ولا يحد من حق كل منهم في هذا الشأن إلا أن يعترض أحدهم على ذلك. وفي هذه الحالة يتعين على المدين أن يؤدي الدين للدائنين مجتمعين أو أن يودع الشيء محل الإلتزام من المدين ويرجع عليه الباقون كل بقدر نصيبه[4].

وتجدر الإشارة الى ان عدم قابلية الإلتزام للإنقسام تشمل التنفيذ دون التعويض. "فإذا إلتزم مقاولان ببناء منزل دون تضامن بينهما، فللدائن أن يطالب أيا منهما ببناء المنزل كاملا، وذلك هو التنفيذ العيني الذي لا يقبل الإنقسام بسبب طبيعة المحل كما نظر اليه في العقد. أما إذا تأخر المقاولان في إقامة المنزل... أو لم يقيماه أصلا، فان التعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ ينقسم بينهما فلا يلزم كل منهما إلا بقدر حصته... وكذلك الحال إذا تعدد الدائنون في إلتزام غير قابل للإنقسام... كما لو تعهد مقاول ببناء منزل لشخصين معاً، ثم تحول الإلتزام الى تعويض نقدي، فلا يكون لكل منهما أن يطالب بالتعويض كله إلا إذا كان التضامن مشروطا بينهما"[5].

وبناء على ما تقدم تترتب عدة نتائج على إعتبار الإلتزام بالصيانة إلتزاما غير قابل للإنقسام منها:

١- المعنى مقتبس من د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

٢- د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٥١.

٣- د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

٤- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص٢٧٠.

٥- د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

أ- يستطيع الدائن (رب العمل) أن يطالب أيا شاء من المدينين (المقاولين) المتعاقدين معه بكل الإلتزام، كما يجوز لأي من المقاولين أن يوفي لرب العمل بكل الإلتزام، وينقضي الإلتزام عندئذ بالنسبة للمقاول الموفي وبالنسبة لباقي المقاولين[1].

ب- إذا طالب الدائن (رب العمل) أحد المدينين (المقاولين) مطالبة قضائية، كان لهذا المقاول، أن يطلب إدخال المقاولين الآخرين في الدعوى ليحكم عليهم جميعا، كما يجوز لباقي المقاولين أن يدخلوا من تلقاء أنفسهم في الدعوى[2].

ج- ذا لم يقم المدينون (المقاولون) بتنفيذ الإلتزام بالصيانة وإستحال هذا الى تعويض نقدي، فان مبلغ التعويض ينقسم عليهم. ذلك أن العقبة التي كانت تحول دون الإنقسام قد زالت[3].

د- ذا أقر الدائن (رب العمل) لأحد المدينين (المقاولين) المتعاقدين معه وكان الإقرار متعلقا بالإلتزام بالصيانة ذاته، إستفاد المقاولون الآخرون من هذا الإقرار. ولكن إذا أقر أحد المقاولين لرب العمل فان إقراره لا يسري في حق المقاولين الآخرين[4].

هـ- إذا وجه الدائن (رب العمل) اليمين الى أحد المدينين (المقاولين) فحلفها وكانت متعلقة بالإلتزام ذاته، إستفاد من ذلك المقاولون الآخرون. وإذا نكل المقاول عن اليمين فان نكوله يعتبر إقرارا ولا يسري أثره عندئذ الى المقاولين الآخرين. أما إذا وجه أحد المقاولين اليمين الى رب العمل فحلفها فان ذلك لا يضر ببقية المقاولين[5].

---

١ - د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في أحكام الإلتزام، (خال من دار النشر) ط ٣، ١٩٧٧، ص ٢٩٧.

٢ - المرجع السابق، ص ٢٩٨.

٣- المرجع السابق، ص ٢٩٨.

٤- المرجع السابق، ص ٢٩٨-٢٩٩.

٥ - المرجع السابق، ص ٢٩٩.

و- ذا صدر حكم على أحد المدينين (المقاولين) في الإلتزام بالصيانة وكان الحكم مبنيا على أسباب ترجع الى الإلتزام ذاته، فأثر الحكم يسري في حق المقاولين الآخرين. وإذا صدر الحكم لمصلحة أحد المقاولين، فالمقاولون الآخرون يستفيدون من هذا الحكم[1].

ز- إذا أعذر الدائن (رب العمل) أحد المدينين (المقاولين)، لم يسر هذا الإعذار في حق المقاولين الآخرين ولا يعتبرون في حالة إعذار. وكذلك الأمر إذا أعذر أحد المدينين (المقاولين)، الدائن (رب العمل)، فلا يستفيد باقي المقاولين من الإعذار، ذلك أن المقاول الذي قام بالإعذار إنما قام به لمصلحته الخاصة ولا يمثل باقي المقاولين في ذلك[2].

ح- بالنسبة للمطالبة القضائية، لا يسري أثر مطالبة الدائن (رب العمل) لأحد (المدينين) المقاولين الى بقية المقاولين[3].

ط- إذا صالح أحد المدينين (المقاولين) الدائن (رب العمل) وتضمن الصلح شروطا أشد، لم يسر هذا الصلح في حق المقاولين الآخرين إلا إذا قبلوه[4].

ي- يحكم علاقة المدينين (المقاولين) ببعضهم، قاعدة إنقسام الدين. فإذا وفى أحدهم بالإلتزام بالصيانة كله، كان له الرجوع على الباقين كل بقدر حصته[5].

ك- أما في حالة تعدد الدائنين (أرباب العمل)، فيستطيع أي رب عمل مطالبة المقاول بكل الإلتزام، ويستطيع المقاول أن يفي بكل الإلتزام لأي رب عمل. واذا مات رب العمل عن عدد من الورثة جاز لكل وارث أن يطالب المقاول بكل الإلتزام[6].

---

١ - المرجع السابق، ص ٢٩٩.
٢ - المرجع السابق، ص ٣٠١.
٣- المرجع السابق، ص ٣٠١.
٤- المرجع السابق، ص ٣٠١.
٥- المرجع السابق، ص ٣٠٢.
6- المرجع السابق، ص ٣٠٤.

الفرع الثاني

الإلتزام بالصيانة إلتزام مستمر التنفيذ

الخاصية الثانية التي يتميز بها ضمان الإلتزام بالصيانة هي أنه إلتزام مستمر التنفيذ بمعنى أنه يستطيل على الزمن، لأن القانون حدده بمدة معينة هي سنة واحدة إعتبارا من تاريخ التسلم. ستتناول في هذا الفرع مفهوم كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما مستمر التنفيذ ثم أثر ذلك على الضمان، وذلك في المقصدين التاليين:

المقصد الأول

مفهوم كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما مستمر التنفيذ:

يقصد بالإلتزام المستمر التنفيذ أو المتتابع "الإلتزام الذي يستلزم تنفيذه القيام بعمل أو أعمال تستطيل على الزمن بحيث لا يتم التنفيذ بعمل واحد دفعة واحدة"[1]. وهذا يعتمد على طبيعة العقد. "ويقال للعقد الذي ينشيء هذا النوع من الإلتزامات العقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد المدة"[2]، أو العقد الممتد ويقصد به ذلك العقد الذي ينفذ فيه الإلتزام بأداءات مستمرة أو دورية[3] أو هو ذلك العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهرياً فيه[4]، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد[5] وتتحدد الأداءات فيه بعامل

١- د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، ١٩٨٠، ص ١١-١٢.

٢- المرجع السابق. ص ١٢.

٣- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص ٢١.

٤ - د.عبدالمجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، في إنعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٧، ص ١٠٥.

٥- د. السنهوري،المرجع السابق، جـ١، ص ١٣٩.

الزمن[1]، بمعنى أن الحاجة التي يشبعها العقد الزمني لا يمكن إشباعها إلا مقترنة بمدة[2]، فهو ينفذ حسب إتفاق الطرفين بصورة متتابعة (أو مستمرة) وعلى دفعات قد يستغرق تنفيذها مدداً طويلة[3] ولا يتصور فيه الأداء إلا ممتدا في الزمن[4]. وهو بهذا يختلف عن الإلتزام الفوري أو غير المتتابع وهو ذلك الإلتزام الذي ينفذ دفعة واحدة[5] والذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه.[6] وكل ذلك يعتمد على المصدر المنشيء للإلتزام.

وقد حددت معظم القوانين العربية المدة التي يلتزم بها المقاول بصيانة الاعمال موضوع العقد بسنة واحدة تبدأ من تاريخ التسليم المؤقت. فقررت المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية أن مدة الصيانة تمتد لأثني عشر شهرا من تاريخ إكما الأعمال. وحددت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المصري هذه المدة بسنة واحدة إعتبارا من تاريخ التسليم الموقت[7].

كذلك حددت المادة ١٧٩٢-٦ من التقنين المدني الفرنسي مدة ضمان الإلتزام بأكمال الاعمال بسنة واحدة عندما. وحددتها كراسة الشروط العامة الفرنسية بسنة واحدة بالنسبة الى جميع عقود الاشغال العامة، ما عدا عقود

١- د. علي نجيده، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار الثقافة العربية، ط٢، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٣٠.

٢ - د. نزيه محمد الصادق المهدي، دروس في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، (خال من دار النشر وسنة الطبع)، ص ٤٢.

٣ - د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أركان العقد، مطبعة نمنم للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٦، ص ٤٨.

٤- د.علي نجيده، المرجع السابق، ص ٣٠.

٥- د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، الوجيز في نظرية الإلتزام، ص ١١.

٦ - د. نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٤٢.

٧- كما نصت المادة ١١٧ من القرار الوزاري الأماراتي ١٤ لسنة ١٩٧٨ على أن "يكون المقاول مسؤولا مسؤولية تامة عن ضمان وصيانة العملية لمدة سنة إعتبارا من تاريخ التسليم...". وحددها العقد النموذجي لإتحاد الفيديك بمدة لا تزيد عن سنتين.

أشغال الصيانة والحفر حيث تكون مدة الضمان ستة أشهر، وتبدأ هذه المدة من تاريخ التسليم الوحيد[1].

في ضوء ما تقدم، لا يمكن إعتبار الإلتزام بالصيانة إلا إلتزاما مستمر التنفيذ يمتد على فترة سنة واحدة على الأقل تبدأ من تاريخ التسليم الإبتدائي أو المؤقت. ولا يتصور إعتباره إلتزاما فوريا.

ويرى بعض الشراح أن مدد الضمان التي تحددها بعض القوانين ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز لأطراف العقد الإتفاق على مدد ضمان مختلفة[2]. ومن وجهة نظرنا أن هذه المدد تعتبر من قبيل النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على تقليصها أو الإعفاء منها، ولكن يمكن الإتفاق على التشدد فيها وجعلها أطول. مع ذلك لم تعتبر شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية هذه المدة من النظام العام حيث نصت صراحة على إمكانية الإتفاق على مدة أخرى عندما ذكرت عبارة (إلا إذا نص على خلافه في المقاولة) حيث جاء نص المادة ٥٠-١ كما يلي: "يقصد بتعبير مدة الصيانة الوارد في هذه الشروط مدة الإثنى عشر شهرا (إلا إذا نص على خلافه في المقاولة) التالية لتاريخ إكمال الأعمال المثبت في شهادة لإستلام..". ويرى الباحث أن هذا يؤدي الى إفراغ الضمان من محتواه ويؤدي الى رفع الحماية المقصودة عن رب العمل، وإفلات المقاول من المسؤولية. والأحرى أن يعالج المشرع ذلك ويجعل مدة الضمان من قبيل النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على تخفيضها أو الإعفاء منها.

١- د. عبسي عبدالقادر الحسن، إلتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ١١٩.

٢- د. عبسي عبدالقادر الحسن، المرجع السابق، ص ١٢٠، ود. مزهر، المرجع السابق، ص ٧٣.

المقصد الثاني

آثار كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما مستمر التنفيذ:

تترتب على إعتبار الإلتزام بالصيانة إلتزاما مستمر التنفيذ جملة من الآثار منها:

أ- ليس لفسخ العقد المنشيء لهذا الإلتزام أي أثر رجعي، لأن أثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ لا ينسحب الى الماضي بل يحدث أثره بالنسبة للمستقبل فقط[1]. والعلة في ذلك أن ما تم تنفيذه من أداءات متقابلة لا يؤثر فيه الفسخ جزاء لعدم تنفيذ لاحق[2]. أما ما إستحق كل طرف من أداءات من الطرف الآخر عن المدة قبل فسخ العقد، وما أداه من أداءات قبل الفسخ، فتظل كما هي، لأنه يتعذر منطقيا ويستحيل مادياً إعادتها[3].

ب- إذا أوقف تنفيذ العقد المنشيء لهذا الإلتزام لفترة من الزمن لأي سبب كان، فان هذا سيؤثر على "مقدار الأداء وإلى إنتقاص المعقود عليه"[4]، "ولا يعتبر ذلك مجرد تأخير في التنفيذ بل إخلال نهائي لا يمكن تداركه بوقت لاحق، ويكون التعويض عنه تعويضا عن عدم التنفيذ لا تعويضا عن مجرد التأخير"[5]. وقد يترتب على وقف تنفيذ العقد، إنتهاؤه إذا كانت المدة التي أوقف التنفيذ في أثنائها تساوي المدة المحددة للعقد[6].

ج- يلتزم المقاول بموجب هذا الضمان بتنفيذ إلتزاماته فور بدء سريان مدة الضمان البالغة سنة واحدة، ومن ثم يعد كل تأخير في التنفيذ ضاراً

١- د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، الوسيط في نظرية العقد، ص ١٠٥.

٢- د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، مكتبة عبدالله وهبه، مصر، ١٩٦٦، ص ٧٥.

٣- د. علي نجيده، المرجع السابق، ص ٣١.

٤- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤، ص ٨٧.

٥- د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، في النظرية العام للإلتزام، المصادر، ص ٧٦.

٦- د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، الوسيط في نظرية العقد، ص ١٠٦.

بربب العمل على نحو يستحق معه التعويض عن الضرر دون حاجة إلى إعذار المقاول، لأن الزمن عنصر جوهري في هذا الإلتزام "وكل وحدة من وحداته لها حسابها في التنفيذ"[1]. "فالإعذار شرط لإستحقاق التعويض في العقد الفوري في أكثر الأحوال"[2]، كما جاء بنص المادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي والمادة ٢١٨ من القانون المدني المصري: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك". "لكن الإعذار ليس بضروري للحصول على التعويض عن التأخير في التنفيذ في العقود المستمرة".[3] وتصبح القاعدة في هذه العقود أن المدين يعتبر متأخرا في تنفيذ إلتزاماته دون حاجة الى إعذاره من قبل الدائن[4]. هذا من حيث القواعد العامة. وقد جاءت المادة ١٧٩٢-٦ بحكم خاص بشأن إعذار المقاول[5].

د- بما أن الإلتزام بالصيانة هو إلتزام مستمر التنفيذ ويتم مع الزمن، فأحتمال تغير الظروف خلال مدة التنفيذ هو أمر محتمل، لذلك فان المجال يتسع فيه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة ١٤٦-٢ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٧-٢ من القانون المدني المصري حيث تنص الأولى على الآتي:

"على أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

ووفقا لذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف إنقاص إلتزامات المقاول أو رفعها أو وقفها مؤقتا.

---

١ - د. علي نجيده، المرجع السابق، ص ٣٢.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ١، ص ١٤٠.

٣- د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، الوسيط في نظرية العقد، ص ١٠٦.

٤- د. عبدالخالق حسن،، النظرية العامة للإلتزام، (بلا دار نشر ولا سنة طبع) فقرة ١٧ ص ٣١.

٥- أنظر صفحة ١٧٨ من هذا البحث بشأن إعذار المقاول المقصر.

الفرع الثالث

الإلتزام بالصيانة إلتزام بتحقيق نتيجة

الخاصية الثالثة للإلتزام بالصيانة هي أنه إلتزام بتحقيق نتيجة وليس إلتزاما ببذل عناية. فالمقاول ملزم بموجبه بتسليم رب العمل مبنى سليما وخاليا من العيوب. وتترتب على هذه الخاصية مجموعة من الآثار. لهذا سنتناول في هذا الفرع المقصود بكونه إلتزاما بتحقيق نتيجة ثم أثر ذلك على المقاول ورب العمل وكما يلي:

المقصد الأول

مفهوم كون الإلتزام بالصيانة إلتزاماً بتحقيق نتيجة

يقسم الفقه المدني الإلتزام من حيث المحل الى إلتزام بعمل وإلتزام بالإمتناع عن عمل، وذلك راجع الى أن مضمون الأداء في كافة صور الإلتزام لا يعدو أن يكون عمل يقوم به المدين. وقد يكون هذا العمل إيجابيا، وهذا هو الإلتزام بعمل. وقد يكون هذا العمل سلبيا، وهذا هو الإلتزام بالإمتناع عن عمل[1]. والإلتزام بعمل هو الإلتزام الذي يكون مضمونه قيام المدين بعمل إيجابي لمصلحة الدائن، كالتزام المقاول ببناء المنزل[2]. وتقسم الإلتزامات التي يكون محلها القيام بعمل الى إلتزامات بنتيجة وإلتزامات بعناية[3]. ويقوم هذا التقسيم على أساس أن لكل إلتزام هدف معين يرمي الدائن الى تحقيقه... فهدف صاحب العمل من الإتفاق مع المقاول هو أن يتم له البناء المتفق عليه... وعلى ذلك إذا تطابق الهدف من الإلتزام مع مضمون إلتزام المدين،

---

١ – د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، المصادر، ص ١٤.

٢– المرجع السابق، ص ١٥.

٣ – د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، مصادر الإلتزام، ص ٣٥ وأنظر أيضا المادة ٢٥١– ١ من القانون المدني العراقي والتي تقابل المادة ٢١١–١ من القانون المدني المصري والتي تنص على الآتي: "في الإلتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بادارته أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فأن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود".

فان الإلتزام يكون إلتزاما بتحقيق نتيجة أو إلتزاما بغاية. وإذا لم يحدث هذا التطابق وإنما كان مضمون إلتزام المدين هو مجرد بذل الجهد لتحقيق هذا الهدف دون الإلتزام بتحقيقه، كان الإلتزام إلتزاما ببذل عناية أو إلتزاما بوسيلة.[1] ففي الإلتزام ببذل عناية يقتضي من المدين بذل ما في وسعه لتنفيذ ما تعهد به ولكنه لا يلزم بان يصل الى النتيجة المقصودة بل يكفي منه للوفاء بإلتزامه أن يكون قد قدم العناية الكافية لتحقيق هذه النتيجة. بينما في الإلتزام بتحقيق نتيجة فيتعين على المدين تحقيق النتيجة المطلوبة والتي تعهد بها[2].

فالإلتزام بتحقيق نتيجة هو الإلتزام الذي يكون الأداء فيه مطابقاً للغاية التي يرمي الدائن الى تحقيقها. أما الإلتزام ببذل العناية فهو الإلتزام الذي يكون الأداء فيه عادة تحقيق الغاية أو الهدف بوسيلة متروكة للملتزم، ومعيار العناية الواجبة هو معيار الرجل العادي وهو معيار موضوعي لا ينظر فيه الى شخص المدين بالذات، فالمهم إذن أن يبذل المدين في تنفيذ هذا الإلتزام عناية الرجل العادي ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك[3]. فأساس هذا التقسيم هو مدى إتصال الأداء الذي إلتزم به المدين بالغاية المرجوة من إنشاء الإلتزام. فلكل إلتزام هدف معين يرمي الدائن الى تحقيقه[4]. فعند تطابق مضمون أداء المدين مع الغاية المرجوة من الإلتزام يكون الإلتزام إلتزاما بتحقيق نتيجة، وعند عدم التطابق يكون الإلتزام إلتزاما ببذل عناية[5].

ففي حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة، يتعهد المدين بتحقيق الهدف الذي ينشده الدائن، وتترتب مسؤولية المدين بمجرد عدم تحقق الغاية المنشودة حتى لو

١– د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٥.

٢– د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد– مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية (بلا دار نشر)، ط٣، ص ٤١.

٣– د. عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، المصادر، ص ٢١ .

٤– د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، المصادر، ص ٣٣.

٥– د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٦.

بذل العناية وأفرغ الجهد، حيث لا يعتبر المدين موفيا لإلتزامه إلا إذا حقق النتيجة النهائية، كالتزام المقاول بانجاز العمل أو البناء... حيث لا يعد موفياً لإلتزامه بمجرد بذل العناية اللازمة وإنما بتحقيق النتيجة المطلوبة[1]. فلا يتم تنفيذ الإلتزام إلا إذا تحققت الغاية المقصودة[2].

وإلتزام المقاول بانجاز البناء هو إلتزام بتحقيق نتيجة[3] وذلك لتطابق الهدف من الإلتزام مع مضمون إلتزام المقاول وهو بناء المبنى أو المنشأة الثابتة. فتشييد مدينة سكنية أو إقامة مستشفى أو مسرح، هي إلتزامات بتحقيق غاية[4]. ولا يعتبر المقاول موفياً لإلتزامه إذا لم يحقق الغاية المقصودة، فيكون مخلاً بإلتزامه إذا لم ينجز البناء أو سلّمه معيباً أو مخالفا للمواصفات. ولأن الإلتزام بالصيانة هو أحد إلتزامات المقاول بموجب عقد المقاولة أو بنص القانون، ولخضوع هذا الإلتزام لأحكام عقد المقاولة، فانه بالنتيجة يعتبر إلتزاما بتحقيق نتيجة وليس إلتزاما ببذل عناية. فإلتزام المقاول بضمان العيب في المنشآت الثابتة هو إلتزام بتحقيق غاية، لا إلتزام ببذل عناية[5].

---

١ – د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٥٠.

٢– د. إسماعيل غانم، المصدر السابق، المشار، ص ٣٣.

٣– د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص-١٣٤، ود. الفضل، المرجع السابق، ص ٥٠، وكذلك د. سعد، المرجع السابق، ص ١٦.

٤ – د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ٩٦.

٥– السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٦٩.

المقصد الثاني

آثار كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما بتحقيق نتيجة

ترتب على هذه الخاصية آثار مهمة منها:

١- يمكن الفصل على أساس هذه السمة، فيما إذا كان المقاول قد نفذ إلتزامه أم لم ينفذه. فان تنفيذ الإلتزام لا يتم إلا إذا تحققت النتيجة أو الغاية المقصودة[١]، "ولا يعد (المقاول) موفياً لإلتزامه بمجرد بذل العناية اللازمة وإنما بتحقيق النتيجة المطلوبة"[٢]، إلا إذا أثبت إنعدام التمييز أو الجهل أو الغلط المغتفر، أو السبب الأجنبي الذي ترتبت عليه إستحالة التنفيذ على الوجه المرضي[٣]. فالإلتزام بأقامة بناء أو ترميمه أو تعديله أو هدمه هو إلتزام بتحقيق نتيجة. فلا يبرأ المقاول من إلتزامه إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب. فما دام العمل لم يتم إنجازه فان المقاول يكون مسؤولا، ولا تنتفي مسؤوليته في هذه الحالة إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وإنتفاء مسؤوليته في هذه الحالة إنما يأتي من نفي علاقة السببية لا من نفي الخطأ[٤]. فعدم تحقق النتيجة في الإلتزام بتحقيق نتيجة هو بذاته عدم تنفيذ الإلتزام، وعدم التنفيذ ليس مفترضا بل محققا... فالمشرع يفترض ان عدم التنفيذ يرجع الى فعل المدين (المقاول)[٥]. فما دامت النتيجة لم تتحقق، فقد ثبت عدم تنفيذ الإلتزام. ولا سبيل الى نفي الخطأ، بعد إن ثبت عدم التنفيذ، إلا بنفي العنصر المعنوي بنفي نسبة عدم التنفيذ الى المدين. والخطأ هو عدم تنفيذ واجب كان في الوسع تبنيه وإلتزامه، فيتعين على المقاول أن يثبت أنه لم يكن في الوسع أن يقوم بواجبه بأن يثبت أن سبباً أجنبياً لا يد له فيه هو الذي ترتبت عليه

---

١ - د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٧.

٢- د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٥٠.

٣- د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، الأحكام، ص ٥٠.

٤ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ٨٣.

٥- د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، الاحكام، ص ٥٨.

إستحالة التنفيذ. وعلى ذلك ففي الأحوال التي يظل فيها سبب عدم التنفيذ مجهولا، لا يُدرى إن كان راجعا الى المقاول أم الى سبب أجنبي جعل التنفيذ مستحيلا، يظل المقاول مسؤولا[١]. ومضمون إلتزام المقاول هو تحقيق نتيجة لأنه قد تعهد بموجب عقد المقاولة بتحقيق هذه النتيجة. والمرجع في ذلك هو الإلتزام التعاقدي الذي إنصرفت فيه نية المتعاقدين الى تحقيق نتيجة هي بناء مبنى أو منشأ ثابت.

٢- يكون عبء إثبات التنفيذ على المقاول، فيتعين عليه إثبات تحقق النتيجة. ويكون عبء إثبات عيب التنفيذ أو التأخير فيه على رب العمل. ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة إيجابية يكون عبء إثبات التنفيذ على المدين، فيتعين عليه إثبات تحقق النتيجة. ويكون عبء إثبات عيب التنفيذ أو التأخير فيه على الدائن[٢]. فعبء إثبات تحقق النتيجة في الإلتزام بنتيجة يقع على عاتق المدين (المقاول) وما على الدائن (رب العمل) إلا أن يثبت الإلتزام[٣].

٣- إن مجرد عدم تحقق النتيجة أو تحققها على وجه غير مرض، يكون قد أثبت الركن المادي للخطأ من جانب المدين (المقاول). وليس على الدائن أن يثبت أن المدين قد إرتكب إهمالاً معيناً. فالقانون يفترض أن ذلك راجع لفعله، فيلزم بالتعويض ما لم يسقط هذه القرينة بأقامة الدليل على إن سبباً أجنبياً لا يد له فيه قد جعل تنفيذ الإلتزام على الوجه المرضي مستحيلاً. والسبب الأجنبي إما أن يكون حدثاً لا تمكن نسبته الى أحد من الناس، وتلك هي القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإما أن يكون فعلاً صادرا من الدائن ذاته، أو فعل شخص من الغير[٤]. لذلك يمكن تطبيق نص المادة ١٦٨[١] من

١-د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، الاحكام، ص ٥٣، وكذلك المستشار عزالدين الدناصوري وعبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية فقها وقضاءً، ١٩٨٨، ص ٣٩٨.

٢-د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، الاحكام، ص ٤٩-٥٠.

٣-د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٧.

٤-د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، الأحكام،، ص ٥١ وكذلك المستشار عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

القانون المدني العراقي والتي تقابل المادة ٢١٥ [2] في القانون المدني المصري، على الإلتزام بنتيجة فيكلف المدين (المقاول) بأثبات السبب الأجنبي إذا لم تتحقق النتيجة أو تحققت بوجه غير مرض،[3] ويقول البعض أن خطأ المدين في الإلتزام بتحقيق نتيجة ليس خطأ مفترضا بل هو خطأ ثابت ومحقق بمجرد عدم التنفيذ. ولا سبيل الى التخلص من المسؤولية بنفيه، وإنما يكون السبيل الى ذلك نفي ركن السببية بأثبات السبب الأجنبي، أي أن السبب الأجنبي لا ينفي الخطأ، بل إن "الخطأ يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئا عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة"[4]، ولكن المسؤولية لا تتحقق لإنعدام ركن السببية[5]. بينما يرى آخرون أن الخطأ في الإلتزام بتحقيق نتيجة هو خطأ مفترض بمجرد عدم تحقق النتيجة وليس خطأ ثابتا أو محققا[6]. وربما يكون هذا هو الرأي الأصوب، فعدم تحقق النتيجة في الإلتزام بتحقيق نتيجة، هو بذاته عدم تنفيذ الإلتزام. فعدم التنفيذ ليس مفروضا بل محققا، وإنما يفترض المشرع أن عدم التنفيذ يرجع الى فعل المدين أي يفترض إنتفاء السبب الأجنبي. وفي هذا الحدود يصح القول بأن الخطأ مفترض، فلا تسقط القرينة إلا بأثبات السبب الأجنبي[7].

١- تنص المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي: "إذا إستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بألتزامه ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ إلتزامه".

٢- تنص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري: "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بألتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه".

٣- د.إسماعيل غانم، المرجع السابق، الأحكام، ص ٥١.

٤- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ١، فقرة ٤٢٧ و٤٢٨ و٤٣٠ و٦٢٩ ود. غانم، المرجع السابق الاحكام، ص ٥٣.

٥- د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، الأحكام، ص ٥٣.

٦- المستشار عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

٧- المرجع السابق، ص ٤٠٠.

الفرع الرابع

الإلتزام بالصيانة إلتزام مستقل وغير تابع

الخاصية الرابعة للإلتزام بالصيانة هي أنه إلتزام مستقل وغير تابع، أي أنه لا يستند على إلتزام آخر في وجوده وعدمه. لهذا سنتناول هذه الخاصية من حيث المفهوم والآثار، وقد قسمنا هذا الفرع الى مقصدين، كالفروع التي سبقته، فنتناول أولا مفهوم كونه إلتزام مستقل والثاني الأثر المترتب على إستقلاليته، وكما يلي:

المقصد الأول

مفهوم كون الالتزام بالصيانة التزاما مستقلا وغير تابع

يكون الإلتزام مستقلا أو أصلياً إذا أمكن قيامه مستقلاً دون أن يكون مستنداً الى إلتزام آخر[1]، فهو مستقل بين أطرافه لا يتأثر بأي إلتزام آخر. وإذا كان مصدر الإلتزام المستقل العقد، فالعقد أيضا مستقل وأصلي. ويعرف العقد الأصلي بأنه ذلك العقد الذي يقوم بذاته غير مستند أو مرتكز على عقد آخر،[2] أو أنه ذلك العقد الذي يوجد مستقلا بذاته ويهدف أطرافه تحقيق آثاره مباشرة[3]. ويعبر عنه أحياناً بالعقد الذاتي نظرا لما يتمتع به من ذاتية مستقلة[4].

بينما يكون الإلتزام تبعيا، إذا وجد مستنداً الى إلتزام أصلي. وعلى ذلك إذا وجد إلتزامان وكان أحدهما أساساً للآخر كان الأول أصلياً والثاني تبعياً[5]. والعقد التابع هو العقد الذي لا يقوم مستقلا بذاته، بل ينشأ إستنادا

١- د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، الوجيز، ص ١٤.

٢- د. علي نجيده، المرجع السابق، المصادر، ص ٣٩.

٣- د. مصطفى عبدالحميد عدوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، (بلا دار نشر)،القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٢.

٤- د. علي نجيده المرجع السابق، المصادر، ص ٣٩.

٥- د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، الوجيز، ص ١٤.

الى عقد سابق. فإلتزام المتعاقد فيه إنما كان بمناسبة إلتزام سابق[1]. فهو يفترض وجود رابطة أخرى يقوم بتكميلها[2].

ويتحقق الإلتزام التبعي في حالتين: الأولى- يكون فيها الإلتزام التبعي نتيجة قانونية للإلتزام الآخر، كالتزام المدين بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم قيامه بتنفيذ الإلتزام تنفيذا عينيا. والثانية- يكون فيها الإلتزام التبعي ناشئا تبعاً لإلتزام أصلي وبالأستناد اليه، فإلتزام الكفيل هو إلتزام تبعي، لأنه يتبع الدين الأصلي ولا يقوم إلا بقيامه[3].

والإلتزام بالصيانة هو أحد إلتزامات المقاول بموجب عقد المقاولة وبموجب القانون، كما جاء في نص المادة ١٧٩٢-٦ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٥٠ من شروط أعمال الهندسة المدنية العراقية والمادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري. فهو أيضا أحد إلتزامات المقاول بموجب عقد المقاولة. لذلك فهو إلتزام مستقل غير تابع لإلتزام آخر.

١- د. علي نجيده المرجع السابق، المصادر، ص ٣٩.

٢- د. مصطفى عبدالحميد عدوي، المرجع السابق، ص ٤١.

٣- د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، الوجيز، ص ١٤.

المقصد الثاني

آثار كون الإلتزام بالصيانة إلتزاما مستقلا وغير تابع

أهم الآثار التي يتركها إعتبار الإلتزام بالصيانة إلتزاما مستقلا هي الآتي:

أ- لا يرتبط الإلتزام بالصيانة لكونه إلتزاما مستقلا بأي إلتزام آخر من حيث قيامه وإنقضائه. فهو لا يدور مع أي إلتزام آخر وجودا وعدما وصحة وبطلانا. فإذا إنقضى عقد المقاولة من الباطن لا ينقضي معه الإلتزام بالصيانة المقرر في عقد المقاولة الأصلي، "لأن عقد المقاولة من الباطن هو عقد تبعي وليس أصليا"[1]. فإذا ما وجد هناك إلتزام تبعي للإلتزام الاصلي، فلا يترتب على بطلان الإلتزام التبعي بطلان الإلتزام الاصلي، لأنه يصح بقاء الاصل دون التابع[2].

ب- من القواعد العامة أنه يصح أن تكون شروط الإلتزام التابع أخف من شروط الإلتزام الأصلي وليس أشد وأثقل وطأة. لهذا نصت المادة ٧٨٠ من القانون المدني المصري التي خلا القانون المدني العراقي من نص مشابه لها على أنه: "١- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون". لهذا إذا ما وجد هناك إلتزاما تابعا للإلتزام بالصيانة فانه يصح أن تكون شروط هذا الإلتزام التابع أخف من شروط الإلتزام بالصيانة وليس أشد منها.

ج- لا ينقضي الإلتزام بالصيانة مع إنقضاء أي إلتزام تبعي لأن الأول إلتزام أصلي، والإلتزام الأصلي لا ينقضي بأنقضاء الإلتزام التبعي.

١-د. علي نجيده، المرجع السابق، ص ٤٠.

٢- د.عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات- الجزء الأول- مصادر الإلتزام، (بلا دار النشر)، ١٩٩٢، ص ٧٩.

المبحث الثاني

تمييزه عن غيره من الضمان ومدى أهميته

يختلف ضمان الإلتزام بالصيانة عن غيره من الضمانات المترتبة على عاتق المقاول كالضمان العشري وضمان كفاءة الأداء. لهذا نحاول في هذا المبحث بيان أوجه الأختلاف بينه وبين هذا الضمانات وكذلك مدى أهميته في التنظيم القانوني العراقي وكما يلي:

المطلب الأول

تمييزه عن غيره من الضمانات المقررة على المقاول

أقرّ القانون المدني الفرنسي، بخلاف القانون المدني المصري والعراقي، ثلاثة أنواع من الضمانات على كاهل المقاول في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة. ففي المادتين ١٧٩٢ و٢٢٧٠ مدني فرنسي أنشأ المشرع الفرنسي الضمان العشري الذي يلتزم بموجبه المشيد بضمان سلامة ومتانة البناء والمنشآت التي ينشؤها لمدة عشر سنوات من تاريخ تقبل الأعمال. وتقابل هاتان المادتان المادتين ٦٥١ مدني مصري و٨٧٠ مدني عراقي. ولم يكتف المشرع الفرنسي بذلك بل أنشأ وفق المواد ١٧٩٢-٢ و١٧٩٢-٣ وكذلك ٢٢٧٠ ما يسمى بضمان كفاءة الاداء أو إنتظام العمل. وبموجبه يلتزم المشيد أيضا بضمان وظائف عناصر التجهيز القابلة للإنفصال في المبنى لمدة سنتين بحد أدنى إعتبارا من تاريخ تسلم العمل. ثم أخيرا وضع المشرع الفرنسي ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي وفقا للمادة ١٧٩٢-٦ الذي يلتزم فيه المقاول بضمان البناء والمنشآت التي يشيدها من أي خلل قد يظهر فيها خلال مدة سنة من تاريخ التقبل. وقد وضعت النصوص القانونية الخاصة بتلك الضمانات، أسس هذه الضمانات وأحكامها وشروطها ونطاقها ومددها، بما يجعل من اليسير تمييز أحدها عن الآخر. وفي هذا المطلب سنتناول أوجه الإختلاف والفرق بين الضمان العشري وضمان كفاءة الأداء من جانب، وضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي من جانب آخر وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول

تمييزه عن الضمان العشري

نصت المادة ٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بمقتضى قانون ٤ ك٢/ يناير ١٩٧٨ على الآتي:

"كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تنعقد مسؤوليته طبقا للمواد ١٧٩٢-٤ من القانون المدني الحالي، يتحلل من المسؤوليات ومن الضمانات الملقاة على عاتقه طبقا للمواد ١٧٩٢-٢، بأنتهاء عشر سنوات من تاريخ تقبل الاعمال، أو طبقا للمادة ١٧٩٢-٣، بأنتهاء المدة المنصوص عليها في هذه المادة".

وبهذا وضع المشرع ضمانا لمدة عشر سنوات على عاتق مشيد البناء تبدأ من تاريخ تقبل الأعمال.

ونصت المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي على الآتي:

"كل مشيد بناء يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو رب العمل أو من تؤول اليه ملكية العمل عن الاضرار حتى تلك الناتجة عن عيب الارض التي تعرض للخطر متانة العمل وصلابته، أو التي تصيبه في أحد عناصره التجهيزية أو التأسيسية، والتي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله، وتنتفي هذه المسؤولية اذا ما أثبت المشيد أن الأضرار ترجع الى سبب أجنبي".

كما نصت المادة ١٧٩٢-٢ مدني فرنسي بعد تعديلها بالمرسوم رقم ٢٠٠٥-٦٥٨ في ٨ يونيو ٢٠٠٥ على الآتي:

"تمتد قرينة المسؤولية المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢ الى الاضرار التي تؤثر على متانة وسلامة العناصر التجهيزية في المبنى، ولكن فقط بالنسبة لما يشكل منها جسما غير قابل للإنفصال مع اعمال المنافع العامة أو الأساس أو هيكل البناء أو سياجه او مظلته".

فالضمان العشري ضمان قرره القانون على عاتق المقاول والمهندس وبه يضمنان أن يظل البناء الذي شيداه سليما وخاليا من العيوب مدة عشر سنوات من وقت تسلم العمل. ويرى بعض الشراح[1] ان نص المادة ١٧٩٢ يقتصر على المقاولة التي يكون فيها الأجر مقدرا جزافاً، ويكون محل المقاولة بناء تهدم، ويرى الباحث إنه بعد تعديل هذه المادة في القانون ٧٨-١٢ في ٤ يناير ١٩٧٨، لم تعد للأجر أهمية في تقرير الضمان، ولم يأت أي ذكر له في نص المادة. كما أصبح الضمان العشري يشمل بموجب التعديل ٢٠٠٥-٦٥٨ في ٨ يونيو ٢٠٠٥ لنص المادة ١٧٩٢-٢ العناصر غير القابلة للإنفصال في المبنى، وحددت الفقرة الثانية من هذه المادة ما هي العناصر القابلة للإنفصال عندما ذكرت: "يعتبر عنصر التجهيز مكونا جسما غير قابل للإنفصال مع الاعمال المذكورة بالفقرة السابقة، عندما لا يمكن فصله او نزعه أو إستبداله دون تلف أو إزالة لبعض من مادته".

ويتفق الضمان العشري والضمان السنوي في الكثير من الأحكام، مثال ذلك أن محلهما عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة، وأن كلاهما يرتبان مسؤولية على عاتق المقاول بإصلاح الخلل أو العيب الذي يظهر في البناء، كما يتفقان من حيث بعض نواحي النطاق الموضوعي لهما وشموله لحالة التهدم أو العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء، وكذلك عدم جواز الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف منهما. لكنهما من ناحية أخرى يختلفان في عدد من الأحكام الجوهرية وكما يلي:

١- أنظر د. السنهوري، المرجع السابق، جـ ٧، ص ١٣٦، وكذلك د. عمرو طه بدوي ،حمد علي، المرجع السابق، ص ١١٢.

١. **من حيث النطاق الموضوعي:**

حددت المواد ١٧٩٢ و١٧٩٢-٢ و٢٢٧٠ مدني فرنسي النطاق الموضوعي للضمان العشري الذي أصبح يشمل وفق التعديلات الأخيرة حالات تهدم البناء، والعيوب التي تهدد متانته وسلامته، والتي تؤثر في عنصر غير قابل للإنفصال فيه، والتي تجعله غير صالح للغرض المخصص له. أي أن النطاق الموضوعي له يشتمل على أربع حالات حددها القانون، وبذلك يخرج عن نطاقه العيوب البسيطة التي لا تهدد سلامة ومتانة البناء وكذلك أعمال الزخرفة والديكور والبياض والدهان وغير ذلك من الأعمال التي لا تمس أساسات أو هيكل أو متانة البناء أو المنشأ الثابت، كما تخرج عن نطاقه الأضرار المتوسطة أي التي لا تدخل في نطاق ضمان كفاءة الأداء ولا في نطاق الضمان العشري، وكذلك عيوب العزل الصوتي. كما حدد القانون المدني العراقي وكذلك المصري النطاق الموضوعي للضمان العشري بحالة تهدم البناء والعيوب التي تهدد متانته وسلامته، ولم يشر الى حالة العيوب التي تؤثر على عنصر غير قابل للإنفصال في البناء أو العيوب التي تجعله غير صالح للغرض المخصص له، لكن القضاء يتوسع في تفسير المقصود بعبارة أن يكون العيب مما يهدد متانة البناء وسلامته على نحو يسمح له بالحكم بالتعويض طبقا لنص المادة ٨٧٠ مدني عراقي في حالات قريبة من ذلك[١].

بينما حددت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي النطاق الموضوعي لضمان تمام الإنجاز بقولها: "يمتد ضمان تمام الإنجاز... الى إصلاح كل خلل اشار اليه رب العمل...". ومن هذا النص يتضح أن نطاق هذا الضمان لا يتحدد بحالة التهدم أو العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء، بل يشمل كل أنواع

١- إعتبرت محكمة تمييز العراق أنه يكون من قبيل التهدم الجزئي المقصود بالضمان العشري حدوث تشققات وتصدعات في البناء تجعل من وقوع الهدم مستقبلا، أمرا لا مفر منه. أنظر حكم رقم ٦٥٦/حقوقية/ ٦٩ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، ص ٣٧٣ في ١٩٦٩/١٠/٢١.

الخلل، مهما كان حجمها أو تأثيرها[1]. وبهذا المعنى يكون الضمان السنوي أشمل من الضمان العشري لمختلف أنواع العيوب التي قد تظهر في البناء.

٢. من حيث النطاق الشخصي:

حددت المواد ١٧٩٢ و١٧٩٢-١ و٢٢٧٠ مدني فرنسي النطاق الشخصي للضمان العشري، وأقرت بأن يلتزم مشيد البناء سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بضمان سلامة البناء لمدة عشر سنوات من تاريخ التقبل. وجاءت المادة ١٧٩٢-١ لتحدد المقصود بمشيِّد البناء الذي يكون مسؤولا عن البناء طيلة فترة الضمان. وذكرت بأن المقصود بمشيد البناء هو: أي معماري أو مقاول أو فني أو أي شخص إرتبط بعقد تأجير أعمال (مقاولة) مع رب العمل، وكذلك أي شخص باع البناء بعد إكماله ويكون قد بناه بنفسه، وأخيرا أي شخص عمل وكيلا لمالك البناء لكنه كان ينجز أعمالا شبيهة بأعمال مؤجر الأعمال (المقاول).

وحددت المادة ٨٧٠ مدني عراقي و٦٥١ مدني مصري النطاق الشخصي للضمان العشري حيث جعلته يشمل المقاول والمهندس فقط.

أما في ضمان تمام الإنجاز، فقد حددت المادة ١٧٩٢-٦ النطاق الشخصي له وجعلته شاملا للمقاول وحده دون غيره من باقي الأشخاص الذين ذكرتهم المادة ١٧٩٢-١[2].

٣. من حيث الشروط الشكلية:

وضع المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٦ عدة شروط شكلية لتطبيق أحكام الضمان السنوي منها: أن يعين رب العمل تعييناً نافياً للجهالة كل مظاهر الخلل أو العيوب التي كشفها في البناء، وأن يسلك في هذا التعيين إحدى الوسيلتين: إما أن يعين الخلل بشكل تحفظ في محضر التسليم والتسلم

---

١ - أنظر تطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث موضوعه صفحة ٢٠٨ من هذه الدراسة.

٢- أنظر تط... ـكام ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث أشخاصه صفحة ١٨٨ من هذه الدراسة.

أو أن يوجه إخطارا كتابيا للمقاول يضمنه العيوب التي وجدها في البناء. أما في حالة الضمان العشري، فانه وإن كان ينبغي على رب العمل تعيين العيوب المهددة لسلامة البناء تعييناً نافياً للجهالة، إلا إنه لم يطلب منه أن يسلك إحدى الوسيلتين المذكورتين آنفا لضمان تطبيق أحكام هذا الضمان.

٤. من حيث المدة:

حددت المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي مدة الضمان العشري بعشر سنوات إعتبارا من تاريخ تقبل العمل، وكذلك فعل المشرع العراقي في المادة ٨٧٠ والمشرع المصري في المادة ٦٥١، بينما نصت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي على مدة ضمان تمام الإنجاز وقالت أنه يمتد الى مدة سنة من تاريخ التقبل، وكذلك نصت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري والمادة ٥٠-أ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية.

٥. من حيث التقادم:

يرى بعض الشراح[١] ان مدة العشر سنوات التي حددتها المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي بالاضافة الى كونها مدة ضمان، فانها أيضا تؤدي وظيفة أخرى هي مدة لرفع دعوى الضمان. أي أن دعوى الضمان ينبغي رفعها في مدة العشر سنوات التي يجب أن يظهر العيب أو يتحقق الضرر خلالها. وبمضي هذه الفترة لا يجوز سماع دعوى الضمان لأنها تكون قد سقطت بالتقادم. فمدة التقادم الفعلية لدعاوى الضمان العشري هي مدة حدها الاقصى عشر سنوات من وقت تقبل العمل.

أما في القانون المدني العراقي فقد حددت المادة ٨٧٠-٤ موعد سقوط دعوى الضمان وذلك بأنقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وإنكشاف العيب. في حين أن القانون المصري قد حدد في المادة ٦٥٤ منه

---

١ – د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، عقد المقاولة، ص ٢١٩.

موعد سقوط دعوى الضمان العشري بأنقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو إنكشاف العيب.

وبشأن مدة تقادم دعوى الضمان السنوي، فيرى أغلب الشراح[1] أن مدة الضمان البالغة سنة واحدة تعتبر في نفس الوقت مدة دعوى لهذا الضمان. وحددت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية مدة إسبوعين بعد إنتهاء فترة الصيانة البالغة سنة واحدة يستطيع خلالها رب العمل مطالبة المقاول بإصلاح العيوب والخلل الذي إكتشفه في البناء. بينما لم تحدد اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري فترة لتقادم دعوى الضمان السنوي، مما قد يشير الى أنها تنتهي بمضي هذه الفترة.

---

١ - د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

الفرع الثاني

تمييزه عن ضمان كفاءة الأداء

ألقى المشرع الفرنسي ضمانا ثالثاً على كاهل المقاول إضافة الى الضمان العشري والضمان السنوي، ألا وهو ضمان كفاءة الأداء أو إنتظام العمل La Garantie de bon fonctionnement، فبعد إن أدخل عناصر التجهيز غير القابلة للإنفصال في نطاق الضمان العشري، عالج الضمان الخاص بعناصر التجهيز القابلة للإنفصال وذلك بنص المادة ١٧٩٢-٣ التي جاء فيها ما يلي:

"تكون عناصر التجهيز الاخرى للمبنى محلا لضمان كفاءة الاداء او انتظام العمل لمدة سنتين، بحد أدنى، إعتبارا من تاريخ تسلم العمل".

فقد استحدث المشرع ضماناً آخراً على عاتق المقاول يشمل عناصر البناء القابلة للإنفصال عنه دون تلف أو تعيب، وجعل مدة هذا الضمان سنتين بحد أدنى.

ولا يوجد في القانون العراقي سواء المدني منه أو الأنظمة والتعليمات واللوائح ضماناً كضمان كفاءة الاداء أو ما هو قريب منه. وبالمثل لم ينص القانون المدني المصري على مثل هذا الضمان.

ويتفق ضمان كفاءة الأداء مع الضمان السنوي من حيث أنهما يعتبران من قبيل النظام العام وكذلك يتفقان في بعض جوانب النطاق الموضوعي، إذ أن كليهما يغطيان عيوب عناصر التجهيز القابلة للإنفصال، رغم إن الضمان السنوي أشمل من ضمان كفاءة الأداء، مع ذلك تبرز عدة نقاط إختلاف بين الضمانين يمكن إيجازها بما يلي:

١. من حيث النطاق الموضوعي:

من خلال نص المادة ١٧٩٢-٣ مدني فرنسي الخاصة بضمان كفاءة الاداء، يتضح أن نطاق هذا الضمان يشمل عناصر التجهيز الموجودة في البناء

ويمكن فصلها أو نقلها أو إستبدالها بغيرها دون أن يصاب العمل الذي كانت تتصل به بضرر أو تلف أو رفع جزء من مادته التكوينية. وأهم ما يدخل في نطاقه هو مجموع الاجهزة والادوات الميكانيكية والكهربائية التي تلحق بالعقار المشيد لتجهيزه لتأدية وظيفته، والتي يركبها المقاول بالحالة التي تسلمها عليها، دون إدخال أية تعديلات عليها، وطبقا للقواعد والتعليمات الموضوعة من قبل الصانع، كما يمتد ليشمل بعض المنقولات التي تثبت بالعقار على سبيل الدوام والاستمرار كالابواب والشبابيك بشرط أن يتم تركيبها بحيث يمكن فصلها ونقلها منه دون إلحاق أي ضرر أو تلف بالعقار المشيد[1].

بينما يشمل النطاق الموضوعي للضمان السنوي كل ما مر أعلاه إضافة الى العيوب البسيطة والمتوسطة وحالات التهدم والعيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته وتؤثر على الغرض المخصص له وجميع الحالات التي تدخل في نطاق الضمان العشري.

٢. من حيث النطاق الشخصي:

يجمع الشراح على أن النطاق الشخصي لتطبيق أحكام هذا الضمان هو بذاته النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان العشري، دون أي إختلاف بين الأثنين، إلا فيما يتعلق بالمراقب الفني فقط، فهو وحده الذي لا يخضع لأحكام هذا الضمان، وسبب ذلك أن المادة التاسعة من قانون ١٢ يناير ١٩٧٨ تقضي بان المراقب الفني يكون خاضعا في حدود المهمة التي يعهد بها اليه رب العمل[2].

بينما يتحدد النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان السنوي بالمقاول وحده دون غيره من المعماريين أو المشيدين.

٣. من حيث المدة:

حدد المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٣ مدني مدة ضمان كفاءة الاداء أو انتظام العمل بسنتين بحد أدنى إعتباراً من تاريخ التسلم. ويلاحظ

١ - د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤١٩.

٢- المرجع السابق، ص ٤١٦.

أنه قد منع الإتفاق على جعلها أقل من السنتين بأي حال من الأحوال، لكنه ترك لأطراف العقد الحرية في مدها الى أكثر من السنتين. أما في مجال الضمان السنوي، فقد حدد المشرع سنة واحدة لتطبيق أحكام هذا الضمان.

٤. من حيث التقادم:

نصت المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي والخاصة بمدد التقادم وسماع الدعاوى بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ بأن:

"كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تنعقد مسؤوليته بمقتضى المواد من ١٧٩٢ الى ١٧٩٢-٤ من المجموعة المدنية، يكون متحررا من المسؤوليات والضمانات التي تثقل كاهله طبقا لـ...، أو طبقا للمادة ١٧٩٢-٣ بأنقضاء المدة المذكورة بتلك المادة".

ومن خلال هذا النص يلاحظ ان مدة إنقضاء دعوى ضمان كفاءة الاداء هي ما نصت عليه المادة ١٧٩٢-٣ أي سنتين بحد أدنى في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف لجعلها أكثر من سنتين. فالمشرع لم يغاير بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان من حيث المقدار.

أما مدة تقادم دعوى الضمان السنوي فهي سنة واحدة إعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من قبل رب العمل.

المطلب الثاني

أهمية الضمان ومدى الحاجة اليه

رأينا مما سبق أهمية عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة، وأن الأضرار الناشئة من عيوبها لا تؤثر على مصلحة رب العمل فحسب بل على مصلحة الغير أيضا، وإن رب العمل هو العنصر الأضعف في عقد المقاولة وهو الأجدر بالرعاية والحماية، لذلك إتجه المشرع في كل من فرنسا ومصر والعراق نحو ترتيب إلتزام على عاتق المقاول يضمن فيه سلامة البناء والمنشأ الثابت من العيوب التي تهدد متانته وسلامته لمدة عشر سنوات وهو ما يعرف بأسم الضمان العشري. وفي الوقت الذي أقام فيه المشرع الفرنسي إلتزامات أخرى على كاهل المقاول، يرى الباحث أن المشرع العراقي قد إكتفى بالضمان الأخير، فترك العيوب البسيطة أو التي لا تهدد متانة سلامة البناء الى القواعد العامة. وهذا بنظرنا لا ينسجم مع إتجاه الشارع الذي يقضي بتوفير أقصى قدر من الحماية لرب العمل في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

لقد رأينا أن ضمان الإلتزام بالصيانة يقع في أسفل سلم الضمانات المقررة على عاتق المقاول لصالح رب العمل. فمدته تبلغ سنة واحدة كما أن العيوب التي يغطيها، يفترض أن تشمل الأضرار البسيطة والأضرار التي لا يغطيها الضمان العشري وضمان كفاءة الاداء، رغم أن المشرع الفرنسي لم يشر الى ذلك ومعنى هذا أنه يمكن أن يغطي جميع عيوب البناء سواء كانت طفيفة أو خطيرة أو التي تتعلق بوظائف عناصر البناء القابلة للإنفصال. أي أن المشرع قد وضع نوعاً من التدرج في مسؤولية المقاول، تبدأ من ضمان الإلتزام بالصيانة، ثم ضمان كفاءة الأداء، وأشدها هو الضمان العشري. وإذا كان المشرع المذكور قد أقام هذا النظام بناءً على إعتبارات إجتماعية وإقتصادية، فما أحوجنا لإقامة مثل هذا النظام في التنظيم القانوني العراقي، بل أننا بحاجة أكثر من المجتمع الفرنسي لأقامته لدينا وذلك للتوسع المطرد في

أعمال مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وضرورة توفير أكبر قدر من الأمن والسلامة في هذه المنشآت، كما إن الحماية القانونية لأرباب الأعمال تشجعهم وتحثهم على المزيد من الأستثمار في هذا الميدان، وتحث المعماريين على بذل أقصى جهودهم في أعمالهم. فلم يعد من المنطق قبول سكوت المشرع العراقي عن تنظيم المسؤولية المهنية في ضوء التطورات الحديثة في مجال صناعة البناء.

إن تقرير هذا الضمان في القانون المدني العراقي، يحقق التوازن المطلوب في عملية التشييد ويصل الى روح العدالة التي يسعى اليها المشرع. فإقرار هذا الضمان في نصوص القانون المدني من شأنه أن يحقق الكثير من الفوائد، سواء بالنسبة لرب العمل من حيث توفير الحماية القانونية له بمواجهة المقاول الخبير بصنعة البناء، وكذلك بالنسبة للغير من حيث تقليل فرص الأضرار التي يمكن أن تصيبهم جراء تعيب البناء، أو صناع ومنتجي المواد، لأنه يجعل المقاول يدقق ويبذل المزيد من الحرص عند إستخدام هذه المواد في البناء وبالتالي يدفعهم ذلك الى تطوير صناعتهم، وأيضا بالنسبة للمقاول نفسه، لأنه يحثه على الحرص وعدم التهاون والأهمال في عمله، وأخيرا للصالح العام، لأنه سيحافظ على الأرواح والأموال.

ومن الجدير بالإشارة أن إصطلاح الإلتزام بالصيانة لا يعبر بشكل دقيق عن مضمون هذا الضمان، فالصيانة تكون في الغالب دورية، في حين أن هذا الضمان ليس دورياً. لذا يرى الباحث أن من الأنسب الإشارة اليه بضمان تمام الإنجاز أو كمال الإعمال كما عليه الحال في القانون الفرنسي والمصري، هذا فيما لو أخذ به القانون المدني العراقي.

الخلاصة: تناولنا في المبحث التمهيدي من هذا الفصل مفهوم عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى التي تعتبر المحل الذي يرد عليه ضمان الإلتزام بالصيانة، فأوردنا تعريفها وعناصر هذا التعريف وقدمنا التعريف الذي نراه مناسبا ثم شرحنا خصائصها والأثر المترتب على هذه

الخصائص، وأخيرا تناولنا أوجه الإختلاف بينها وبين ما يشتبه من عقود كعقد المقاولة بصورة عامة وعقد الأشغال العامة. وأوردنا بعض إستنتاجاتنا منها إعتبار عقود تأهيل وترميم المباني وعقود دهان وزخرفة ودرز أو تكحيل المباني من قبيل عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة التي يمكن أن يرد عليها ضمان الإلتزام بالصيانة، ومنها أيضا إمكانية إعتبار المباني والمنشآت الثابتة التي يمكن نقلها دون تلف من قبيل المباني التي تنطبق عليها أحكام هذا الضمان وذلك لأنه قد أصبح في الوقت الحاضر وفي ضوء التقدم العلمي الكبير إمكانية نقل بناء كامل من مكان لآخر دون تلف. ثم تناولنا في المبحث الأول من الفصل تعريف ضمان الإلتزام بالصيانة وعناصر التعريف وقدمنا تعريفنا لها، ثم تحدثنا عن خصائص هذا الضمان وأثر كل خاصية على طرفي الضمان وشرحنا أوجه الشبه والخلاف بينه وبين غيره من الضمانات، ثم تناولنا في المبحث الثاني منه مدى أهمية هذا الضمان ومدى الحاجة اليه في التنظيم القانوني العراقي. وأوردنا بعض إستنتاجاتنا منها أن بعض الشراح يرون أن مدة الضمان ليست من النظام العام وكان رأينا أنها من قبيل النظام العام، الا أن المشرع العراقي في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية قد خالف روح هذا الضمان كونه أباح الإتفاق على تقليل المدة أو الإعفاء منها، وإقترحنا أن يعالج المشرع هذا الخلل وينص على عدم جواز الإعفاء أو الحد من هذه المدة، وإستنتجنا أيضا أن هذا الضمان أمر حيوي لعقود المقاولات لأنه يوفر الحماية اللازمة لرب العمل ويدفع المقاول لعدم التهاون والأهمال في عمله، وإقترحنا تضمين القانون المدني العراقي أحكام هذا الضمان.

الفصل الثاني

شروط ضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

بعد إن تحدثنا في الفصل الأول من هذه الدراسة عن مفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة وخصائصه وتمييزه عن غيره من الضمانات ومدى أهميته في التنظيم القانوني العراقي، نتناول في هذا الفصل شروط قيام ضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وثبوته في ذمة المقاول. فهناك نوعان من الشروط التي يفترض توافرها لتطبيق أحكام هذا الضمان: أولهما الشروط الشكلية، حيث حدد المشرع الفرنسي مدة يقوم خلالها الضمان وهي سنة واحدة، وطريقتين لا بد أن يسلكهما رب العمل لإبلاغ المقاول بالعيوب التي كشفها في البناء. وهاتان الطريقتان هما أن يعين مظاهر الخلل تعييناً نافياً للجهالة، وأن يختار الوسيلة التي نص عليها المشرع للقيام بهذا التعيين وهي إما التحفظ أو الإخطار الكتابي. وثاني هذه الشروط هي الشروط الموضوعية وتشمل: وجود عقد مقاولة، وتشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى وحصول الضرر أو العيب في الأبنية أو المنشآت محل العقد، ثم خفاء العيب. ثم نتناول نتيجة تحقق هذه الشروط من حيث إعذار المقاول وإستحصال إذن المحكمة وتحديد المدة اللازمة للإصلاح ثم أخيرا الآثار التي تنجم عن تخلف أحد هذه الشروط أو جميعها، وهذا ما سنتناوله في المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول

الشروط الشكلية

حدد نص المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي لقيام مسؤولية المقاول بموجب أحكام ضمان تمام الإنجاز توافر شروط شكلية دونها لا تتحقق آثار هذه المسؤولية. وأهمها هو شرط المدة التي حددها القانون بسنة واحدة. كما حددت المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية مدة الإلتزام بالصيانة بإثني عشر شهرا، ونصت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية على أن يضمن المقاول الأعمال وحسن تنفيذها لمدة سنة واحدة من تاريخ التسلم. إضافة الى ذلك، حدد المشرع الفرنسي السلوك الذي يجب أن يسلكه رب العمل في إشعار المقاول بالعيوب والخلل الذي كشفه بالبناء سواء عند التسليم أو بعده. لهذا سنتناول في هذا المبحث الشروط الشكلية الواجب توافرها لقيام هذه المسؤولية. وقد قسمناه الى ثلاثة مطالب وكما يلي:

المطلب الاول

حصول الضرر أو العيب ضمن المدة المقررة قانونا

نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي على الآتي:

"يمتد ضمان تمام الإنجاز الذي يكون المقاول ملتزما به لمدة سنة إعتبارا من تاريخ تقبل العمل، ليشمل إصلاح كل خلل اشار اليه رب العمل...".

كما نصت الفقرة الاولى من المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية بالعراق على الاتي:

"يقصد بتعبير مدة الصيانة الواردة في هذه الشروط مدة الإثني عشر شهرا التالية لتاريخ إكمال الاعمال المثبت في شهادة الإستلام الصادرة بموجب المادة ٤٩ من هذه الشروط...".

وجاء في نص المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري النافذ ما يلي:

"يضمن المقاول الاعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الاكمل- لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت، وذلك دون إخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني او اي قانون اخر".

من النصوص الواردة آنفا يتضح ان مدة ضمان الإلتزام بالصيانة هي سنة واحدة كاملة تبدأ من تاريخ تسلم العمل. وفكرة تقبل أو قبول العمل هي نفس فكرة تسلم أو إستلام العمل وتعني: إقرار رب العمل بأن ما قام به المقاول والمهندس من عمل بعد معاينته وإعترافه بأنه قد تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه، ولما توجبه الأصول الفنية[1]. وقد جاء في نص الفقرة الاولى من المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي:

١- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، عقد المقاولة، ص ١٩٨.

"يعتبر تقبلا في حكم هذا القانون، التصرف الذي يعلن فيه رب العمل أنه قد قبل العمل، سواء بتحفظ أو بدونه...".

ومن نص عبارة "يعتبر تقبلا في حكم هذا القانون"، يمكن الإستنتاج أن تاريخ تقبل العمل في القانون الفرنسي هو نقطة سريان جميع المدد القانونية الواردة في هذا القانون، لا فرق في ذلك بين الضمان العشري أو ضمان كفاءة الاداء أو ضمان تمام الإنجاز. فالعبرة هي في تاريخ حصول التقبل لا بمجرد التسلم الذي لا يدل بالضرورة على قبول رب العمل للعمل. لذلك لا يجوز لرب العمل أن يرفع دعوى الضمان السنوي قبل حصول التقبل، حيث يعتبر تاريخه هو الحد الذي تبدأ منه سريان مدة الضمان بنص المادة ١٧٩٢-٦.

"وفي العادة يتم تحرير محضر لقبول العمل، وتسري المدة من تاريخ تحرير هذا المحضر. فإذا لم يحرر محضر وأمكن إستخلاص القبول ضمناً من تسلم صاحب العمل للبناء دون إبداء تحفظ، فان المدة تحسب من تاريخ هذا الإستلام، فإذا لم يثبت تاريخ شغل صاحب العمل للمكان، فان المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول، سواء أقام صاحب العمل بتسوية الحساب بنفسه أم أناب عنه شخصا آخر"[١].

ويرى بعض الفقه[٢] أن القانون الفرنسي قد منع التقبل الضمني أساساً لبدء سريان مدة الضمان، إستنادا الى النص التشريعي القائل: "التقبل هو التصرف الذي يعلن فيه رب العمل أنه قد قبل...". لذا من وجهة نظر أصحاب هذا الرأي أن التقبل يجب أن يكون صريحا دون لبس لكي يعتد به. بينما يرى آخرون[٣] ويؤيدهم في ذلك بعض الفقه المصري[٤] أن هذا الرأي

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٩.

٢ - ليت فو، قانون البناء، ط٧، ١٩٨٢، ص ٣٠٠، مقتبس من د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

٣- كاربلا، ف ١٥ -ف- مقتبس من د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

٤- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢٠٢

مردود لأنه ليس في النص ما يدل على منع التقبل الضمني الذي يستخلص من مجرد التسلم الفعلي للعمل. ورأي الباحث أن القبول بالتقبل الضمني كأساس لبدء سريان مدة الضمان سيثير بعض الإشكالات بشأن إثباته وإثبات تاريخه، رغم أن غالبية الشراح[1] يتفقون على إنه يجوز إثبات حدوث التقبل وتاريخه بأية طريقة من طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن. ولغرض منع ما يمكن أن يثور من منازعات في هذا الصدد، ويرى الباحث أن الأسلم هو أن يكون المعول عليه في التقبل هو التقبل الصريح وليس الضمني، فالتقبل الصريح هو الذي يفيد القبول، كما إن هذا الضمان مقرر أصلا لمصلحة رب العمل ولا يجب توفير فرصة للمقاول للتخلص منه.

وقد يمتنع رب العمل عن إستلام البناء أو المنشأ الثابت دون سبب مشروع، فان العمل يكون في حكم المسلم له بعد إعذاره رسميا بتسلمه، وتبدأ مدة الضمان بالسريان من تاريخ الإعذار،[2] حيث تنص المادة ٨٧٣-١ مدني عراقي التي تقابلها المادة ٦٥٥ مدني مصري: "متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر الى معاينته في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد، وأن يتسلمه اذا إقتضى الحال في مدة وجيزة. فإذا إمتنع دون سبب مشروع عن المعاينة أو التسلم رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي، أعتبر أن العمل قد سلم اليه".

وقد يجري الإتفاق أحيانا على تسليم العمل على مرحلتين، الاولى ما تسمى بمرحلة التسليم الإبتدائي، التي تستمر لمدة سنة واحدة في معظم الاحيان، والثانية مرحلة التسليم النهائي. والغرض من ذلك هو تمكين رب العمل من معاينة المباني أو المنشآت الثابتة معاينة دقيقة تسمح له التأكد من سلامتها من العيوب ومطابقتها للمواصفات. ويثور التساؤل هل تبدأ مدة الضمان من تاريخ التسليم الإبتدائي أم النهائي؟

١- د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢٣.

٢- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٠.

يذهب أغلب الفقه الفرنسي والمصري والعراقي[1] الى أن مدة الضمان العشري لا تبدأ من تاريخ الإستلام والتقبل المؤقت بل من تاريخ الإستلام والتقبل النهائي. حيث حددت المادة ٨٧٠ مدني عراقي و٦٥١ مدني مصري بدء مدة الضمان العشري من وقت إتمام العمل وتسليمه. فالتقبل النهائي هو الذي يفيد قبول رب العمل بالعمل بشكل نهائي. أما بالنسبة للضمان السنوي فقد حدد نص المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيدات المصري بشكل لا لبس فيه أن تبدأ مدة الضمان بعد سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت.

وقد جاء في حكم للمحكمة الأدارية العليا بمصر الآتي:

"... أما مدة الضمان المنصوص عليها في المادة ٦٥١ من القانون المدني، فانها تبدأ من تاريخ التسلم النهائي، وعلى هذا الوجه فلا يكون ثمة تعارض بين الحكم الخاص الوارد بنص المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المشار اليها، وبين الحكم العام الوارد بنص المادة ٦٥١ من القانون المدني لأن لكل منهما مجاله المستقل عن الآخر. فلا عبرة في هذا المجال بتاريخ التسليم المؤقت الذي يسبق المعاينة الأخيرة التي يعقبها التسليم النهائي، فتاريخ التسليم المؤقت هو الذي تحسب منه مدة الضمان المحددة بسنة واحدة طبقا للائحة المناقصات والمزايدات حيث لا يخل التسليم المؤقت بضمان المقاول المنصوص عليه في المادة ٦٥١ مدني الذي يبدأ من تاريخ التسليم النهائي"[2].

كما أن نص المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي لم يشر الى التقبل المؤقت أو النهائي، ومعنى ذلك أنه يعتد بالتقبل المؤقت لبدء سريان مدة ضمان تمام الإنجاز، حتى لو إقترن ذلك بتحفظات.

١- د. السنهوري، المرجع السابق، هامش ٣، ص ١٢٢، وشنب، المرجع السابق، ص ١٣٠، والدوري، المرجع السابق، ص ١٧٦.

٢ - المحكمة الإدارية العليا- الطعنان المرقمان ٤٤٥ و٦٠٤ لسنة ٢٧ قضائية - جلسة ١٩٩٩/١١/٢٨.

أما شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، فحددت أن "تبدأ مدة الصيانة من تاريخ شهادة الإستلام التي يصدرها المهندس. وتصدر هذه الشهادة حسب نص المادة ٤٩ من الشروط، "حال إكمال الأعمال الدائمة بصورة أساسية (أي أكملت بالدرجة التي يمكن معها الإستفادة منها للغرض الذي نشأت من أجله)...إن شهادة الإستلام... لا تعتبر تأييدا لإكمال أية أعمال تتعلق بأعمال الموقع...". يتضح من هذا النص أن المقصود بالإستلام في هذه الشهادة هو الإستلام المؤقت، لذا يمكن القول أن مدة الصيانة تبدأ من تاريخ الإستلام المؤقت للعمل وليس الإستلام النهائي. وبهذا الصدد يرى الباحث أن يأخذ القانون المدني العراقي بالضمان السنوي ويحدد بدء مدته من تاريخ التقبل النهائي كما هو ما عليه الحال في الضمان العشري وذلك لتوفير الحماية القانونية اللازمة لرب العمل ومنع إستغلاله وتوفير قدر من التوازن بين الطرفين.

وإذا ما ظهرت عيوب في البناء خلال مدة الصيانة وأقرّ المقاول بمسؤوليته عنها، فهل تبدأ مدة الضمان من تاريخ تسليم الأعمال بعد إصلاح عيوبها لتبدأ فترة ضمان جديدة لها أم من تاريخ التسليم الإبتدائي؟

يتفق الفقه على أنه في حالة الضمان العشري أن تبدأ مدة ضمان جديدة إعتبارا من وقت تقبل رب العمل لأعمال الإصلاح الجديدة، وليس من تاريخ تقبل الاعمال الاصلية[1]. ويؤكد الفقه الفرنسي[2] في مجموعه على إن هذا الحكم لا يتعارض مع نص المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي ومن ثم ينبغي الإستمرار في إتباعه من بعده. معنى ذلك أن مدة ضمان جديدة مساوية للمدة الاصلية للضمان تسري بالنسبة الى أعمال الإصلاح الجديدة إعتباراً من تاريخ تقبلها من جانب رب العمل. يستوي في ذلك أن تكون المدة

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣١، ود. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢٢. ود. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢١٠.

٢- بويلي ف ٤٢٨ ص ٢٧١- مالان فو وجستاز ف ١٤٢، ص ١٦٧ كاريلا ف ٤٩- ي وما بعدها، مقتبس من د. محمد ناجي ياقوت، المصدر السابق، ص ٢١٠.

الاصلية عشر سنوات (المادة ١٧٩٢) أو سنتين (المادة ١٧٩٢-٣) أو سنة واحدة (المادة ١٧٩٢-٦)[١]. ويرى الباحث خلاف هذا الرأي، لأن الذي يفهم من نص المادة ١٧٩٢-٦ ان المشرع قد قرر بدء سريان مدة الضمان السنوي من وقت التقبل المؤقت سواء كان بتحفظ أو بدونه، ولم يسمح بتمديد فترة هذا الضمان، فهي مدة محددة سلفا لا تقبل الزيادة او الإمتداد[٢]. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن مدة ضمان تمام الإنجاز تكون محددة سلفا وقابلة للإنقطاع. لذا لا ينبغي تحميل النص أكثر مما يحتمل، إضافة الى أننا سنكون أمام مدد ضمان طويلة إذا ما تعددت الإصلاحات. ويرى الباحث أن أعمال الإصلاح الجديدة تكون خاضعة لأحكام الضمان العشري إذا ما تحققت شروطه وأركانه، وليس السنوي.

أما بالنسبة الى مدة سريان دعوى هذا الضمان، فلم تشر المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي الخاصة بمدد التقادم الى مدة تقادم دعوى ضمان تمام الإنجاز، بل أشارت فقط الى مدة تقادم الضمان العشري وضمان كفاءة الاداء. كما أن المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي لم تذكر سوى مدة سريان الضمان دون مدة دعواه. ولكن يرى الجزء الغالب من الفقه[٣] أن مدة ضمان تمام الإنجاز هي نفسها مدة الدعوى وتسري إعتبارا من تاريخ سريان مدة الضمان. إلا أن هناك رأي فقهي[٤] يميز بين مدة الضمان ومدة إقامة الدعوى أو القيام بالتبليغ والإخطار. فيرى صاحب هذا الرأي أن مدة السنة هي مدة ضمان وليست مدة دعوى الضمان، لذلك يستطيع رب العمل إخطار المقاول بما إنكشف له من خلل بعد تمام عملية التسليم وخلال السنة التالية للتسلم ولو تم هذا الإخطار بعد إنتهاء مدة الضمان. ولكن هذا الرأي منتقد من جانب معظم

١- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢١٠.

2 -Cass.civ. 21/11/2000, Rev. dr. imm. 2001, p. 80, note Malinvaud (ph).

3 -Boubli (B) op. cit. ed. 1991, n°281 p. 174, Karila (J.P) op. cit. les responsabilite des constructeurs. Ed. 1981, p.G9.

4 -Bigot, (J) La reforme de l'assurance construction, ed. L'arhus, Paris, 1980. p. 162

الشراح[1]، كونهم يرون أن مدة الضمان السنوي مدة محددة سلفا لا تقبل الزيادة أو الإمتداد. فهي تتمتع بطبيعة مزدوجة، فبالإضافة الى إنها مدة ضمان فهي تعتبر في نفس الوقت مدة دعوى لهذا الضمان. ويميل الباحث الى التفرقة بين مدة سريان الضمان وبين مدة دعواه، وطالما أن المشرع الفرنسي لم ينص على مدة تقادم تسقط فيها دعوى ضمان تمام الإنجاز، فلا يجوز الإفتراض أنها بنفس مدة سريان الضمان. وبناءً على ذلك، نعتقد أن بأمكان رب العمل رفع دعوى الضمان السنوي بعد إنتهاء مدة سريان الضمان طالما أن العيب أو الخلل قد أكتشف خلال مدته.

ولكن ماذا لو إنكشف العيب في اليوم الأخير من الضمان السنوي، فهل يسقط حق رب العمل في إقامة الدعوى على وفق أحكام هذا الضمان، على أساس أن مدة الضمان هي نفسها مدة إقامة الدعوى أو أنها مدة تقادم؟

لقد أعطى المشرع العراقي في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، والتي تسري على عقود الأشغال العامة، فترة أربعة عشر يوماً من تاريخ إنتهاء مدة الصيانة للمهندس أن يطلب من المقاول إجراء جميع التصليحات والتعديلات للعيوب التي قد تظهر في البناء. حيث جاء بنص المادة ٥٠-٢ ما يلي:

"... يجب على المقاول بناءً على كشف يجريه المهندس أو من ينوب عنه قبل إنتهاء مدة الصيانة أن يقوم بجميع التصليحات والتعديلات وإعادة الإنشاء وملافاة وإكمال النواقص والعيوب والشقوق أو أية عيوب أخرى قد يطلب المهندس إصلاحها تحريريا من المقاول أثناء مدة الصيانة أو خلال أربعة عشر يوما من تاريخ إنتهائها".

ونستنتج من هذا أن حق رب العمل في إقامة الدعوى وفق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة لا تسقط بأنتهاء مدة الضمان، بل يستطيع المذكور

١- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٥١، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ١٠٥٨.

إقامتها خلال مدة ١٤ يوما من إنتهاء مدة الضمان. وهي مدة قليلة نسبيا خاصة اذا رفعنا منها عطل نهاية الاسبوع وربما تصادف خلالها أيضا عطل أخرى. والأفضل برأينا أن تمدد هذه الفترة الى ثلاثة أشهر، لإعطاء الفرصة الكافية لرب العمل لإبلاغ المقاول بالعيوب والخلل الحاصل.

بينما أعطى المشرع المصري لرب العمل الحق في تأجيل التسليم النهائي لحين قيام المقاول بإجراء الإصلاحات المطلوبة منه. حيث تنص المادة ٨٩ من اللائحة التنفيذية على الآتي:

"... وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الإلتزامات فيؤجل التسليم لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال...".

ونستنتج من ذلك أنه يجوز لرب العمل رفع الدعوى وفقا لأحكام ضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل إما قبل إنتهاء فترة الضمان أو خلال فترة التأجيل هذه التي تركها المشرع المصري مفتوحة لحين إصلاح العيوب التي طلبها رب العمل من المقاول. وهذا من وجهة نظرنا يعطي الحرية للمقاول في المماطلة والتسويف وكسب الوقت على حساب رب العمل، دون أن يقيده أي قيد تشريعي.

إن مسلك المشرع الفرنسي والرأي الغالب من الفقه الفرنسي[1] بإعتبار مدة ضمان تمام الإنجاز مدة للتقادم المسقط لسماع الدعوى، قد ضيّق من نطاق مسؤولية المقاول وفقا لأحكام هذا الضمان، وهو أمر لا يتماشى مع الإتجاه العام للقانون الذي يبغي التوسع في نطاقها تدعيما للحماية القانونية التي يوفرها هذا النظام للمتضررين. فإذا ما إنكشف العيب في اليوم الأخير لمدة الضمان فما على رب العمل إلا أن يرفع دعواه في نفس اليوم أو أن يسقط حقه في إقامة الدعوى على المقاول رغم إن العيب قد ظهر خلال فترة الضمان. لذا يرى الباحث أنه إذا ما أخذ المشرع العراقي بضمان الإلتزام

1 –Boubli (B) op. cit. p. 588.

بالصيانة أن يحدد بشكل صريح ألا تسقط دعوى الضمان إلا بعد مرور ثلاثة أشهر على سبيل المثال من إنكشاف العيب[1].

وتتفق مدة الضمان السنوي مع مدة الضمان العشري في كونها مدة لإختبار سلامة ومتانة البناء[2]. لهذا يرى الباحث أنها لا يمكن أن توقف ولا أن تنقطع، لأنها ليست من قبيل أحوال التقادم، بل مهلة أعطاها الشارع لرب العمل للتحقق من سلامة البناء وخلوه من العيوب.

وقد يثار التساؤل هل يجوز الإتفاق على تعديل مدة الضمان السنوي؟

الأصل أن أحكام الضمان بصورة عامة ليست من النظام العام، إلا أن المشرع قد جعل من ضمان المقاول من النظام العام. ويرى بعض الفقه،[3] ونؤيده في ذلك، أن أحكام الضمان السنوي تعتبر من النظام العام أيضا، لذا لا يجوز الإتفاق على تقليل فترة الضمان السنوي، لكن يجوز الإتفاق على إطالتها، لأن الممنوع هو الإعفاء، أو الحد من الضمان، لا التشديد فيه. فقد تكون المنشآت والمباني بحاجة الى مدة أطول، نظرا لجسامتها ودقة العمل فيها،[4] وقد أراد به المشرع حماية حقوق رب العمل بمواجهة المقاول. ولكن إذا كانت المادة ٨٧٠ مدني عراقي قد أجازت تخفيض مدة الضمان العشري إذا كان المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات، فمن باب أولى تخفيض مدة الضمان السنوي إذا كان القصد من إقامة المباني

١- تنص الفقرة ٤ من المادة ٨٧٠ مدني عراقي والخاصة بالضمان العشري على الآتي: "تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بأنقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وإنكشاف العيب". في حين حدد القانون المدني المصري فترة ثلاث سنوات للتقادم المسقط لسماع دعوى الضمان العشري.

٢- أنظر بهذا الشأن د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٢٣، ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٩، ود. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢١٥.

٣- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٨.

٤- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٦٥.

والمنشآت الثابتة أن تبقى مدة أقل من سنة. كما يجوز أيضا لرب العمل التزول عن هذا الضمان بعد تحققه. فإذا كشف رب العمل العيب وتحقق سبب الضمان، فهو حر بعد ذلك، وقد ثبت حقه في الضمان، أن ينزل عن هذا الحق كله أو بعضه، نزولا صريحا أو ضمنيا[1].

أما بالنسبة الى مدة سريان الضمان في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، فقد حددتها المادة ٥٠-١ بإثني عشر شهرا إعتبارا من تاريخ شهادة الإستلام، إلا إذا نص على خلافه. حيث نصت تلك المادة على الآتي:

"يقصد بتعبير مدة الصيانة الواردة في هذه الشروط مدة الإثني عشر شهرا (إلا إذا نص على خلافه في المقاولة)، التالية لتاريخ إكمال الأعمال المثبت في شهادة الإستلام..".

وهذا يعني أن شرط المدة في شروط المقاولة العراقية ليس من النظام العام وأنه يمكن الإتفاق على تخفيضها أو الإعفاء منها. وهذا لا يؤمن مصلحة رب العمل التي سعى القانون لحمايتها بسنه لهذه اللائحة. ونحبذ أن يعيد المشرع العراقي النظر في مجمل أحكام هذا الضمان لتكون منسجمة مع الهدف الأساس الذي شرع من أجله.

في حين حددت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ مدة الضمان بسنة واحدة بقولها:

"يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت...".

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٨٠، ومحمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٣١. أنظر ص ٢٣٨ من هذه الدراسة بشأن دور إرادة رب العمل في الإعفاء من آثار الضمان.

ويرى الباحث أن شرط المدة هنا من النظام العام حيث لا يجوز الإتفاق على إعفاء المقاول منها أو تخفيضها. وهذا المسلك يحقق الحماية المطلوبة لرب العمل بأفضل مما يحققه النص العراقي.

والخلاصة، يشترط لتغطية الضرر، الذي ينكشف في البناء، بالضمان الخاص المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي، أن يحدث بالفعل خلال المدة القانونية للضمان البالغة سنة واحدة من تاريخ التقبل. فإذا إنقضت السنة ولم يحصل الضرر، برأت ذمة المقاول، ولا يجوز لرب العمل الرجوع عليه بالضمان السنوي.

المطلب الثاني

تعيين مظاهر الخلل او العيوب تعيينا نافيا للجهالة

من الشروط الشكلية الأخرى التي إشترطها المشرع لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي هي أن يعين المقاول العيوب التي تكشفت في البناء تعييناً نافياً للجهالة، حتى يتمكن المقاول من معالجتها وإصلاحها. ويقصد بالتعيين النافي للجهالة أن تذكر طبيعة العمل وأوصافه وتبين تبيينا كافيا[1]. فيجب أن يحدد رب العمل الشيء الواجب إصلاحه والإصلاحات المطلوب القيام بها. وفي حالة عدم قيام رب العمل بتعيين العيب أو الخلل تعييناً نافياً للجهالة، تنتفي مسؤولية المقاول وفقا لأحكام الضمان السنوي، لأنه سيكون من المتعذر عليه إجراء الإصلاحات المطلوبة. فإذا لم يعين محل الإلتزام تعيينا نافيا للجهالة، كان بحكم المعدوم[2]. ويأتي ذلك رعاية من جانب المشرع للمقاول ورغبة منه في حفظ التوازن بين الطرفين.

ومن وجهة نظرنا أن هذا الشرط لا يعدو كونه تأكيدا على القواعد العامة للإلتزام حيث يفترض أن يكون محل الإلتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة أو قابلا للتعيين.

١- د. السنهوري، المرجع السابق، الفقرة ٢٨، ص ٧١.

٢- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٢٢١، ص ٣٨٨.

المطلب الثالث

إختيار الوسيلة التي نص عليها المشرع للقيام بهذا التعيين (وهي إما التحفظ أو الإخطار الكتابي)

حدد المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٦، لنفاذ ضمان تمام الإنجاز، طريقتين ينبغي أن يسلكهما رب العمل في تعيين الخلل أو العيوب التي كشفها في البناء. حيث جاء في نص المادة المذكورة ما يلي:

"يمتد ضمان تمام الإنجاز الذي يلتزم به المقاول في خلال سنة من وقت التقبل الى إصلاح كل خلل اشار اليه رب العمل، سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التقبل، أو بإخطار كتابي بالنسبة للعيوب الاخرى التي لم يتم اكتشافها الا بعد حصول التقبل".

وهاتان الطريقتان هما التحفظ والإخطار الكتابي، وهنا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

طريقة التحفظ

إذا كان الخلل ليس على درجة عالية من الخطورة بحيث يبرر قانوناً لرب العمل الإمتناع عن التسلم، فيجب أن يقوم الاخير بتعيين الخلل في شكل تحفظ يضمنه في محضر التسليم والتسلم، الذي يتم تحريره بمناسبة هذه العملية[1]. وإذا كان رب العمل على علم ودراية بهذه العيوب، ومع ذلك لم يتحفظ عليها في محضر التقبل، فانه يكون بحكم المتنازل عن حقه في طلب الإصلاح،[2] ويعتبر التسلم على هذا النحو مبرئا لذمة المقاول من هذا الإلتزام. وإذا كان الخلل ظاهراً ولم يتحفظ عليه رب العمل لأن آثاره لم تظهر بعد، فانه يظل داخلا في النطاق الموضوعي لأحكام ضمان تمام الإنجاز. فالقاعدة هي أن كل عيب يعتبر خفياً وقت التسلم وعلى من يدّعي أن العيب كان ظاهراً يقع عبء إثبات ظهور هذا العيب[3]، سواء كان هذا العيب متعلقا بالعمل أو بالمواد أو بمخالفة القوانين واللوائح ويتم ذلك طبقا للقواعد العامة في الإثبات. ويشترط القضاء الفرنسي لأعمال هذا الأثر أن يكون العيب ظاهراً في سببه وآثاره الضارة، بحيث إذا كان سبب هذا العيب غير معلوم عند التسلم أو كان لا يمكن الوقوف عليه إلا بالخبرة أو كانت آثاره الضارة لا تظهر الا بعد التسلم فلا يعتبر عيباً ظاهراً ولا يعفى المقاول منه عند التسلم[4]. والنتيجة الحتمية لكل ذلك هي إتساع نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز. وهو إتجاه محمود للمشرع الفرنسي.

---

١ – د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٤٦ ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٦٤.

2 –Carbonnier, effet de la reception des travaux sur la responsibilie des entrepreneurs batiment quant aux menus ouvrages, Rev. Trim dr. civ. 1958, p. 272

٣– د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٦٦، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

٤– كاريلا، فصل F ، ص ٢٤، مقتبس من د.عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٢٧٥

أما بالنسبة لشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، فانها لم تورد نصا بشأن التحفظ على العيوب في محضر الإستلام، لكنها خولت المهندس بموجب المادة ٤٩ بالإمتناع عن إصدار شهادة إستلام للأعمال المنجزة إذا لاحظ أنها لم تكمل بالدرجة التي يمكن معها الإستفادة منها للغرض الذي نشأت من أجله، كما فرضت على المهندس إستكتاب المقاول تعهدا تحريريا بإكمال الأعمال المتبقية خلال مدة الصيانة. فقد نصت تلك المادة على الآتي:

"١. حالما يكون في رأي المهندس أن الأعمال الدائمة قد أكملت بصورة أساسية (أي أكملت بالدرجة التي يمكن معها الإستفادة منها للغرض الذي نشأت من أجله) وأنها إجتازت بنجاح أي فحص نهائي قد تنص عليه المقاولة، فعلى المهندس عند تسلمه تعهدا تحريريا من المقاول بإكمال أي عمل متبق خلال مدة الصيانة وبالصورة التي يقررها المهندس، إصدار شهادة الإستلام للأعمال متضمنة تاريخ إكمال الأعمال وبدء مدة الصيانة، ويعتبر صاحب العمل قد إستلم الأعمال من المقاول إعتبارا من تاريخ صدور هذه الشهادة...".

ومن هذا النص يلاحظ أن شروط المقاولة العراقية لم تعالج مسألة العيوب الظاهرة البسيطة التي لا تمنع من الإستفادة من البناء أو المنشأ الثابت، بل إشترطت أن يكون العمل صالحا للغرض الذي أنشأ من أجله أن يتعهد المقاول بإكمال الأعمال المتبقية. والعيوب الظاهرة التي لا تعيق الإستفادة من البناء تختلف عن الأعمال المتبقية، إلا إذا أردنا التوسع في تفسير النص. ويحبذ الباحث أن يعالج المشرع العراقي هذه الحالة ويمنح رب العمل حق إبداء تحفظاته على العيوب الظاهرة البسيطة ليلقي على المقاول مسؤولية معالجتها.

الفرع الثاني

طريقة الإخطار الكتابي:

الإخطار الكتابي هو إعلان مكتوب يوجه من رب العمل أو من ينوب عنه الى المقاول يشعره فيه بالعيوب والأضرار التي إكتشفها في البناء أو المنشأ الثابت بهدف إصلاحها. فإذا ما تسلم رب العمل، الاعمال المنجزة، وحرر محضراً خاليا من أي تحفظ، ولكن ظهر أو كشف أو علم خلال السنة التالية لتاريخ المحضر عيباً أو خللاً في البناء، في هذه الحالة على رب العمل إبلاغ المقاول المعني بالأمر، بالخلل أو الضرر الذي كشفه الأول، وذلك عن طريق إخطار كتابي يطلب فيه من المقاول إصلاح العيب أو الخلل، وعلى الأخير إصلاحه خلال المدة المتفق عليها بينهما.

وقد إشترط المشرع أن يكون هذا الإخطار مكتوبا، فلا يعتد بالإخطار الشفهي. والعلة في ذلك هي توفير وسيلة إثبات لرب العمل، ومنعه من الإحتجاج بعدم العلم بالخلل. ولم يشترط المشرع أن يكون الإخطار رسمياً، بل يكفي إثبات وصوله وتسلم المقاول أو من ينوب عنه لهذا الإخطار. وهذا يعني أنه يمكن أن يتم ذلك إما من خلال البريد المسجل أو قيام رب العمل أو من ينوب عنه بتسليم المقاول أو من ينوب عنه للإخطار المذكور والتوقيع بتأييد الإستلام.

وإذا ما ظهر العيب أو الخلل في مدة الضمان، لكن المقاول قد تقاعس في إخطار المقاول به ولم يطلب منه كتابة إصلاح هذا الخلل أو العيب، فانه يعتبر متنازلاً عن حقه في طلب الإصلاح، ومن ثم لا يلتزم المقاول بإصلاحه، حتى لو علم به من جهة أخرى غير رب العمل[1]. كذلك لا تطبق أحكام هذا الضمان إذا ظهر العيب خلال السنة الاولى من التسلم لكن رب العمل لم يخطر المقاول به خلال مدة الضمان بل أخطره بعد فوات المدة، وذلك لأن

---

١ – د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٤٧-٤٤٨.

مدة الضمان محددة بسنة واحدة إعتباراً من تاريخ التقبل وبأنتهائها ينتهي ضمان تمام الإنجاز.

ومن وجهة نظر الباحث أن هذا الشرط لا يعدو كونه تطبيقا للقواعد العامة في الإعذار الواردة في المواد ٢٥٦-٢٥٨ مدني عراقي.

مما تقدم، نخلص الى القول انه إذا لم يقم رب العمل بتعيين الخلل بإحدى هاتين الطريقتين ولم يسلك هذين السبيلين، لا يدخل الخلل أو العيب في النطاق الموضوعي لضمان تمام الإنجاز، ولا يلتزم المقاول بإصلاحه عيناً، ويسقط حق رب العمل في طلب الإصلاح ويعتبر متنازلاً عن حقه وتبرأ ذمة المقاول من هذا الضمان.

أما الشروط الشكلية لقيام هذا الضمان وفقا لشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، فقد جاءت بنص المادتين ٤٩-١ و ٥٠-٢-أ، فقد إشترطت لتحقق المسؤولية على وفق هذا الضمان ثلاثة شروط وكما يلي:

١- المدة: وحددتها المادة ٥٠-١ بإثني عشر شهرا إعتبارا من تاريخ شهادة الإستلام. وقد تناولنا هذا الشرط في المطلب الأول من هذا المبحث.

٢- قيام المقاول بكتابة تعهد تحريري بإكمال أي عمل خلال مدة الصيانة، وبالصورة التي يقررها المهندس. حيث نصت المادة ٤٩-١ على الآتي:

"حالما يكون في رأي المهندس أن الأعمال الدائمة قد أكملت بصورة أساسية (أي أكملت بالدرجة التي يمكن معها الإستفادة منها للغرض الذي أنشئت من أجله) وأنها إجتازت بنجاح أي فحص نهائي قد تنص عليه المقاولة، فعلى المهندس عند تسلمه تعهدا تحريريا من المقاول بإكمال أي عمل خلال مدة الصيانة، وبالصورة التي يقررها المهندس، إصدار شهادة الإستلام للأعمال متضمنة تاريخ إكما الأعمال وبدء مدة الصيانة...".

وهذا يعني أنه لكي يبدأ الضمان بالسريان ينبغي أن يحرر المقاول تعهدا كتابيا بإكمال كل النواقص ومعالجة جميع العيوب خلال مدة الصيانة، وأن له

الحرية الكاملة في كتابة مثل هذا التعهد أو عدمه. والسؤال، ماذا لو لم يحرر المقاول مثل هذا التعهد، فهل تسري أحكام الضمان السنوي؟

يتبين من نص اللائحة أنه إذا لم يحرر المقاول مثل هذا التعهد فانه لن تصدر شهادة إستلام للأعمال التي أنجزها وبالتالي تسري عليه الغرامات التأخيرية ولن يستلم المتبقي من مستحقاته من رب العمل، وبالنتيجة يكون مجبرا على إمضاء مثل هذا التعهد الكتابي. وبعد إمضائه وتقديمه لرب العمل، يبدأ الضمان بالسريان. ويرى الباحث أن الأوفق أن تحدد أحكام هذا الضمان بصورة قانون ملزم بدلا من تركه لأرادات أطراف عقد المقاولة.

٣- أن يطلب المهندس تحريريا من المقاول إجراء جميع التصليحات والتعديلات. حيث نصت المادة ٥٠-٢-أ على أن المقاول ملزم "بجميع التصليحات والتعديلات وإعادة الإنشاء وملافاة وإكمال النواقص والعيوب والشقوق أو أية عيوب أخرى قد يطلب المهندس إصلاحها تحريريا من المقاول..". وهذا يعني أن المقاول غير ملزم بالتصليحات والتعديلات إذا كان طلبها قد جاء شفويا وليس مكتوبا. ولم تحدد اللائحة شكل الطلب التحريري أو صيغته أو طريقة تبليغ المقاول به، وإنما تركت ذلك لإرادة المهندس والمهم أن يصل الطلب مكتوبا للمقاول.

بينما لم تحدد المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أية شروط شكلية أخرى عدا شرط المدة، حيث تنص على الآتي:

"... والمقاول مسؤول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان طبقا لشروط التعاقد، فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب، يقوم بإصلاحه على نفقته، وإذا قصر في إجراء ذلك، فللجهة الإدارية أن تجريه على نفقته وتحت مسؤوليته".

فهذه المادة لم تشترط الكتابة لتبليغ المقاول بالعيوب ولم تشترط الإعذار لتنفيذ الإصلاحات على نفقته. ومن وجهة نظرنا أن هذا يعدم التوازن بين طرفي عقد المقاولة.

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية:

يمكن إستخلاص الشروط الموضوعية لتحقق هذا الضمان من نصوص المواد المتعلقة به ومما تواضعت عليه أحكام القضاء وما أضافه فقهاء القانون والشراح من إجتهادات وآراء. وتقترب الشروط الموضوعية لهذا الضمان من مثيلتها في الضمان العشري وضمان كفاءة الأداء مع بعض الفوارق والإختلافات، خاصة فيما يتعلق بشرط العيوب التي يغطيها الضمان. فالشرط الموضوعي الاول الذي يجب توافره لتطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة هو وجود عقد مقاولة، وهذا يشترط له شرطان أساسيان هما: أن يكون مقابل أجر وأن يعمل المقاول مستقلا عن رب العمل. والشرط الموضوعي الثاني هو أن يكون محل عقد المقاولة إقامة مبان أو منشآت ثابتة. أما الشرط الثالث فهو حصول الضرر أو العيب أو الخلل في البناء محل العقد وهو الشرط الذي يتضمن إختلافا عن مثيله في الضمان العشري وضمان كفاءة الأداء، إذ أنه يختلف عنهما من ناحية العيوب والحالات التي يغطيها هذا الضمان. والشرط الرابع هو خفاء العيب. وسنتناول في هذا المبحث هذه الشروط بفروعها المتعددة في المطالب الأربعة التالية وكما يلي:

المطلب الأول

وجود عقد مقاولة

يشترط لتطبيق أحكام الإلتزام بالصيانة أو الضمان السنوي وجود عقد مقاولة تتوافر فيه كافة شروط وأركان عقد المقاولة. فلكي تنهض مسؤولية المقاول في هذا الشأن، لا بد من إثبات وجود علاقة سابقة بين المقاول ورب العمل يكون بمقتضاها الأول مسؤولا عن العيوب والأضرار التي تحصل في البناء أو المنشأ الثابت. فهذا العقد هو مصدر إلتزامات المقاول. والمقاولة كما عرفتها المادة ٨٦٤ مدني عراقي هي:

"عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر".

أما إذا كان العقد لا تتوفر فيه شروط عقد المقاولة، فانه لا يخضع لأحكام الإلتزام بالصيانة، بل يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية. فإذا تعاقد صاحب عمل مع مقاول لينوب عنه في إستلام مبنى يقوم بتنفيذه مقاول آخر، وذلك للإستفادة من خبرة المقاول الأول في البناء والتحقق من مطابقته للأصول الفنية المتبعة، فهنا لا يكون المقاول الأول مسؤولا وفقا لأحكام مسؤولية المقاول عن أي عيب يظهر في البناء، لأن العقد الذي إرتبط به مع صاحب العمل، هو عقد وكالة وليس عقد مقاولة.

وذهب القضاء الفرنسي الى إنه ينبغي لتطبيق أحكام الضمان القانوني على المقاول أن يتواجد في موقع العمل، وأن يساهم مباشرة في عمليات تشييد البناء وذلك في صورة أعمال إنتاجية أو في صورة خدمات تتصل بتنفيذ البناء وإنجازه[1].

لهذا فان وجود عقد المقاولة وحده لا يكفي لتطبيق أحكام الضمان السنوي، بل لا بد أن يأتي العقد صحيحا وذلك بأن يكون أداء المقاول مقابل بدل، وأن يعمل المقاول بصورة مستقلة عن صاحب العمل وغير خاضع لإشراف وتوجيه الأخير. وهذا ما سيتم شرحه في الفرعين التاليين:

---

1 -Civ. 3e 17 Fev 1982 rev de droit immobilier 1982 p. 515
مقتبس من د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري- البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠١، ص ٥.

الفرع الأول

الإتفاق على أجر

تعتبر عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة من عقود المعاوضة، لأن كلا من طرفيه يأخذ مقابلا لما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل، ورب العمل يدفع الأجر. فكل طرف من أطراف العقد يكون دائنا ومدينا بنفس الوقت. ومحل هذه العقود مزدوج. فهو بالنسبة الى المقاول، الأداء الذي يؤديه لمصلحة صاحب العمل. ومحله بالنسبة للأخير هو الأجر أو البدل الذي يقدمه الى المقاول. ويشترط في أي محل أن يكون موجوداً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً أي بمعنى جواز التعامل به. لهذا لا نكون بصدد عقد مقاولة لو لم تتجه إرادة المقاول لتقاضي أجر عن عمله، أو إرادة رب العمل لدفع ذلك الأجر. وربما نكون بصدد عقد من عقود التبرع أو بصدد عقد غير مسمى[1]. ولا تترتب مسؤولية المقاول عما يحدث من خلل أو عيب فيما يقيمانه من مبان أو منشآت دون وجود عقد مقاولة.

وقد عرفت المادة ٨٦٤ مدني عراقي عقد المقاولة:

"بأنه عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر". وهو ما نصت عليه المادة ٦٤٦ مدني مصري وما أشارت له المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي. لهذا فان الأجر ركن من أركان عقد المقاولة بصورة عامة. ويعرف بأنه: "المال الذي يلتزم رب العمل بأعطائه للمقاول في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه"[2]. وتستخدم بعض القوانين المدنية العربية بدلا من إصطلاح أجر، تعبير "المقابل" كالقانون المدني الكويتي[3] أو تعبير "المستحقات" كالقانون المدني القطري[4]، ولكن معظم القوانين المدنية العربية إستعملت إصطلاح أجر أو أجرة ومنها

١-د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، فقرة ٣٠ ص ٧٥.

٢- المرجع نفسه، فقرة ٣٠ ص ٧٤.

٣- أنظر المادة ٦٧٦ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

٤- أنظر المادة ٦٩٧ من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤.

القانون المدني العراقي (المادة ٨٧٦) والمدني المصري (المادة ٦٥٦) والجزائري (المادة ٥٥٩) والأردني (المادة ٧٩٣) والتونسي (المادة أو الفصل ٨٨٢) والسوري (المادة ٦٢٢). وقد جرى العرف والأستحسان على إستعمال كلمة الأجر في إجارة الأعمال[1]. وعقد المقاولة من عقود العمل.

ولا يعتبر سكوت المتعاقدين عن تحديد الأجر في عقد المقاولة دليلا على عدم قيام العقد، بل يمكن أن يفسر على أن هناك إتفاقاً ضمنيا على وجوبه إذا تبين من الظروف المحيطة أن العمل ما كان ليتم دون أجر يقابله. وهذا ما نصت عليه المادة ٨٨٠-٢ مدني عراقي:

"ويجب إعتبار أن هناك إتفاقاً ضمنيا على وجوب الأجر إذا تبين من الظروف أن الشيء أو العمل الموصى به ما كان ليؤدى إلا لقاء أجر يقابله".

بينما نصت المادة ٦٥٩ مدني مصري على الآتي:

"إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده الى قيمة العمل ونفقات المقاول".

ونصت المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن: "يقدر إشتراط الأجر أو البدل في الأحوال الآتية، ما لم يقم الدليل على العكس: أولا- عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل. ثانيا- إذا كان العمل داخلا في مهنة من يقوم به. ثالثا- إذا كان العمل تجاريا أو قام به تاجر في أثناء ممارسته تجارته".

فعدم ذكر الأجر في العقد لا يعتبر دليلا على أنه عقد تبرع، إلا إذا توافرت نية التبرع لدى المقاول. وهذه النية لا تفترض. فالأصل أن الشخص لا يقوم بالعمل مجاناً، بل في مقابل أجر، ما دام هذا العمل يدخل في مهنته، وما

١- د. وهبة مصطفى الزحيلي، عقد المقاولة شرعاً وقانوناً، بحث مقدم الى مجمع الفقه الأسلامي الدولي، الدورة الرابعة عشرة، ١١/١/٢٠٠٣-١٦/١/٢٠٠٣، الدوحة- قطر.

دامت العادة لم تجر بالتبرع بمثل هذا العمل[1]. ويختلف ركن الأجر في المقاولة عن ركن الثمن في البيع. فالثمن لا بد من تعيين مقداره في عقد البيع أو في القليل جعل هذا المقدار قابلا للتعيين... وذلك بخلاف الأجر في المقاولة والأجرة في الإيجار، فان القانون عند سكوت المتعاقدين يتكفل بتعيين مقدارهما[2].

فإذا لم يتعرض عقد المقاولة للأجر أو لم يحدد بشكل مفصل، جاز للمتعاقدين اللجوء للقضاء لتحديده. وهنا يسترشد القاضي بنص المادة ٨٨٠-١ مدني عراقي التي تقابل مادة ٦٥٩ مدني مصري والتي تنص على:

"إذا لم تحدد الأجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول".

فيرجع القاضي الى نصوص العقد وظروف التعاقد ولا رقابة عليه من محكمة التمييز،[3] لأن الأمر هو فصل في مسألة موضوعية. ويمكن للقاضي أن يسترشد بالعرف الجاري وطبيعة العمل ومؤهلات المقاول والوقت وكمية العمل المنجز وموقع العمل من طرق المواصلات وأثمان المواد المستخدمة.

وقد قررت محكمة النقض المصرية أنه في حالة عدم تحديد مقدار الأجر في عقد المقاولة مقدماً يجب على المحكمة تعيينه مسترشدة في ذلك بالعرف الجاري في الصنعة وما يكون قد سبقه أو عاصره من إتفاقات، على أن تدخل في حسابها قيمة العمل وما تكبده المقاول في سبيل إنجازه والوقت الذي إستغرقه هذا الإنجاز ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته وأسعار المواد التي إستخدمت وأجور العمال وغير ذلك من النفقات. وتقدير العناصر السابقة هي من وسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٧٧.

٢- السنهوري، المرجع السابق، جـ ٧، فقرة ٨٨ ص ١٩٩.

٣- المرجع نفسه، جـ ٧، ص ٢٠١.

دون رقابة عليه من محكمة النقض ما دام إستخلاصه سائغا ومستمدا مما له أصله الثابت بالاوراق[1]. وتحديد المحكمة المختصة بتقدير أجر المقاول يخضع للقواعد العامة للإختصاص كما هو منصوص عليه في قانون المرافعات[2].

ولا يشترط أن يكون الأجر نقودا. ولكن جرت العادة على أن يحدد الأجر بالنقود. إلا أن المشرع لم يحدد جنس الأجر، وهذا يشير الى أنه يمكن أن يكون نقدا أو بضاعة أو سندات أو أوراق تجارية، بل حتى يمكن أن يكون عملا كتعاقد طبيب مع مقاول على أن يبني له دارا مقابل العناية الطبية للأخير ولأفراد أسرته. لكن شريطة أن يكون البدل أو المقابل مشروعا وغير مخالف للقواعد العامة للمحل في العقود. ويرى بعض الفقه أن الأجر يجب أن يكون نقوداً، وإلا كانت المقاولة عقدا غير مسمى[3]. ولا يؤيد الباحث هذا الرأي لأنه لا شيء يمنع من أن يكون الأجر غير النقود طالما كان مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب. وقد عرفت المادة ٤١ من قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧، الذي تنطبق بعض أحكامه على المقاولة لإتفاقها مع القواعد العامة، الأجر بأنه: "كل ما يستحق للعامل على صاحب العمل الذي يستخدمه من مال أيا كانت طريقة حسابه، لقاء عمله، ويستحقه من تاريخ مباشرته العمل". والمال هو كل حق له قيمة مادية[4]. من هنا يمكن القول أنه ليس بالضرورة أن يكون الأجر في المقاولة نقودا، بل يمكن أن يكون أي شيء آخر له قيمة مادية وتتوافر فيه الشروط الموضوعية لمحل العقد.

وهناك عدة صور قد يلجأ اليها المتعاقدان في تحديد الأجر منها:

---

١ – نقض مدني في ١٥ يونية ١٩٩٤ مجموعة النقض المدني السنة ٤٥ رقم ١٩٠ صفحة ٩٩٨.

٢ – د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٨٧.

٣– بوتييه (٤ فقرة ٤٠٠ ص ١٣٦)، مقتبس من السنهوري، جـ٧، هامش ٢ ص ٧٦.

٤– مادة ٦٥ مدني عراقي.

١- تحديد الأجر بمبلغ إجمالي Lump Sum or Fixed Price:

وهذه هي الصورة النمطية التي تتم غالبا بين أصحاب الأعمال والمقاولين. فيجري تحديد الأجر بمبلغ مقطوع مقابل إنجاز البناء في مدة معينة. ويطلق على العقد الذي يتحدد فيه الأجر على هذا النحو بالعقد الجزاف[1]. وفي هذا العقد يلتزم رب العمل بدفع الأجر المتفق عليه دون زيادة أو نقصان ولا يحق للمقاول المطالبة بزيادة الأجر. وتنص المادة ٨٧٧ مدني عراقي:

"إذا أبرم العقد بأجرة حددت جزافاً على أساس تصميم إتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً الى خطأ من رب العمل أو أن يكون مأذوناً منه..".

من النص المتقدم يتضح انه لا يجوز للمقاول طلب تعديل الاجرة بالزيادة إلا في ثلاث حالات هي:

أولا- إذا جرى تعديل التصميم بسبب خطأ رب العمل وتسبب هذا الخطأ في زيادة النفقات اللازمة لتنفيذ العمل كان المقاول يتوقعه، فان المقاول يستحق زيادة الاجر المتفق عليه يحسب بقدر ما زادت به نفقاته.

ثانيا- إذا جرى تعديل التصميم بناءً على إتفاق مع المقاول. فإذا أدخل رب العمل أية تعديلات أو إضافات، فيجب أن يعطي للمقاول زيادة في الاجر تتفق مع مقدار الجهد والنفقات المبذولة لإدخال هذه التعديلات.

ثالثاً- إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين الطرفين بسبب حصول ظروف طارئة. وهذا ما تقرره المادة ١٤٦-٢ مدني عراقي[2].

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٨٠. ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٣٥.

٢- تنص المادة ١٤٦-٢ مدني عراقي على الآتي: "على إنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

وقد نصت على هذه الصورة المادة ١٠-٢ من كراسة الشروط العامة الفرنسية وقالت أنه كل أجر يدفع للمقاول عن مجمل الخدمات المحددة في العقد، أو جاء ذكره في العقد على إنه جزافي، أو على الأجر الذي ينطبق في العقد الا على خدمات لا تكون من طبيعة متكررة.

وفي هذا النوع من الاجر اذا كانت إرادة المتعاقدين قد إتجهت الى تحديد سعر شامل للعملية فانه لا يلتزم صاحب العمل بدفع مستحقات إضافية للمقاول عند مقابلة صعوبات أثناء التنفيذ[١]. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا نفذ المقاول أشغالا إضافية تجاوز الكميات المنصوص عليها في عقد الاشغال، دون صدور أمر مصلحي من صاحب العمل فان الصفة الجزافية للثمن تستبعد كل تعويض إضافي، ولكن لا يحرم المقاول من حقه في التعويض نتيجة حدوث ظروف تؤدي الى قلب إقتصاديات العقد[٢].

ومن مزايا هذه الطريقة أنها تجعل رب العمل يعرف حجم إلتزامه مسبقا، كما إنها تتيح للمقاول الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، فكلما كانت التكاليف أقل كان الربح أكبر. لكن مساوئها هي أنها قد تشجع المقاول على إستخدام مواد سيئة الصنع إقتصادا منه بالنفقات، وقد تؤدي من جانب آخر الى خسارة كبيرة للمقاول، خاصة فيما لو إرتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدي العاملة، حيث ليس من حقه المطالبة برفع الأجر (مادة ٨٧٨ مدني عراقي)، إلا في حالة الظروف الطارئة.

وهذه الطريقة هي من أكثر الطرق إستخداما في الولايات المتحدة، وهي أكثر ملاءمة لعقود تسليم المفتاح[٣].

---

١ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ١٩٨٣/٥/١٨ ملف ١٢/٢/٧٨.

3-De Laubadere Andre, Tome II, p. 245

مقتبس من د. وليد عبدالرحمن إسماعيل مزهر، المرجع السابق، ص ١٨٩.

3 -Construction contract law, John Adriaanse, Palgrave Macmillan, New York, 1st edition, 2005, p. 132.

٢- تحديد الأجر بالتكلفة مع نسبة من الربح:

Cost Plus Contracts أو Cost reimbursement contract:

حيث يقدم المقاول فواتير النفقات التي أنفقها على العمل مع إضافة نسبة أرباح متفق عليها في العقد كأن تكون ١٠٪ أو ١٥٪ من الكلفة الواقعية[١]. وهناك عدة أنواع من هذه الصورة، مثل سعر التكلفة زائدا نسبة معينة من التكاليف، وسعر التكلفة زائدا نسبة ثابتة من الأجر، وسعر التكلفة الأقصى مع مكافأة متغيرة، وسعر التكلفة الأقصى مع المكافأة والجزاء[٢]. فقد تحدد نسبة الربح حسب التكلفة المقررة في العقد ولا يدفع اي فرق فيما لو حصل أن إنخفض سعر أعمال العقد أو إن سعر أعمال العقد كان أكثر من المقرر. أو قد تكون النسبة مبلغا مقطوعا لا يتغير مع تغير سعر العقد زيادةً أو نقصاناً، وهذا النوع من سعر العقد يدفع المقاول الى الإسراع بإنجاز أعمال العقد. وقد تكون النسبة ثابتة لكن هناك مكافأة للمقاول اذا أدى الى خفض التكاليف الى الحد الادنى حيث يحدد سعر مستهدف للعقد يجب على المقاول عدم تخطيه، ويمنح المقاول هنا مكافأة بنسبة من قيمة الوفر عن السعر المستهدف، واذا تجاوزها فانه لا يستحق اي مكافأة. وقد يحدد سعر أقصى مستهدف للعقد، يجب على المقاول عدم تخطيه، وإذا تجاوزه، فانه يضمن هذه الزيادة في السعر. ولكن في مثل هذه الحالة يجب أن تكون المخططات الهندسية على درجة عالية من الدقة والتفصيل[٣]. ويحظر قانون المشتريات الفدرالي الأمريكي <u>Federal Acquisition Regulations</u> بوجه خاص النوع

---

١ - د. وهبه الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الأماراتي والقانون المدني الأردني، (بلا دار نشر)، ص ٢٨٠.

٢- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، الأوامر التغييرية في عقد المقاولة، دراسة مقارنة في كل من القانون الأردني والمصري وشرط عقد المقاولة (الفيديك)، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠٤، ص ٢٥٤.

3 -Daniel W. Halpin & Ronald W. Woodhead, Construction Management, Wiley Publishing House, New York, United States, 2nd ed. 1998, p. 77.

الأول الذي هو سعر التكلفة زائدا نسبة معينة من التكاليف إستخدامه في العقود الحكومية الفدرالية[1]، وذلك لأنه لا يضع قيدا على المقاول من أجل الإقتصاد بالتكاليف.

وتستخدم هذه الصورة من تحديد الأجر عندما يراد نقل بعض مخاطر العقد من المقاول الى رب العمل. وتستخدم غالبا عندما لا يمكن معرفة التكلفة بدقة أو لا تتوفر المعلومات الكافية عن التكلفة الحقيقية.

ويقع على المقاول في مثل هذه الصورة إلتزام صريح أو ضمني بتنفيذ العمل بفعالية وإقتصاد وألا يزيد في النفقات والمصاريف وألا يهدر الموارد وعليه إستعمالها الإستعمال الأمثل[2].

ومن مزاياها أنها تجنب رب العمل إستغلال المقاول له، فالتكلفة النهائية قد تكون أقل مما لو إختار صورة تحديد الأجر بمبلغ إجمالي، ولا تشجع المقاول على إستخدام المواد الرديئة لأنها رخيصة، وتمنعه من تضخيم أجر المقاولة لتغطية المخاطر، ومن مساوئها أنها قد تؤدي الى تلاعب المقاول في الفواتير، ولا تسمح لرب العمل بمعرفة التكلفة النهائية للعمل، وتتطلب منه إدارة وإشرافا دقيقا ومتواصلا لضمان دفع النفقات المسموح بها فقط، ولا توفر الحرية الكافية للمقاول لإنجاز العمل بكفاءة[3].

٣- تحديد الأجر على أساس سعر الوحدة القياسية **Unit Price Contracts**: وفيها يتفق الطرفان على تحديد أجر مستحق للمقاول عن كل وحدة قياسية معينة، كأن تكون متر مربع أو متر مسطح، أو مقدار

١- القسم ١٦- المادة ١٠٢/١٦/ جـ من قانون المشتريات الفدرالي الأمريكي Federal Acquisition Regulations وتنص على الآتي: "لا يجوز إستخدام نظام التعاقدات التكلفة زائدا نسبة معينة منها... The cost-plus-a-percentage-of-cost system of contracting shall not be used..".

٢ ـ د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

3 -Joachim Hofbauer and Greg Sanders, Defense Industrial Initiatives Current Issues: Cost-Plus Contracts, Center For Strategic & International Studies, Washington DC, www.csis.org/ISP/DRG

مساحة معينة. ويطلق على العقد في هذه الصورة المقاولة على أساس القياس[1]. وبمقتضاها يجوز لرب العمل أن يزيد أو ينقص من مقدار الأعمال المطلوبة، إلا إذا إتفق على غير ذلك، أو إتفق على نسبة معينة للزيادة والنقصان. وغالبا ما يحوي هذا العقد بنداً يبيح لرب العمل الحق في زيادة كمية الأعمال اللازمة بنسبة معينة. وتمتاز هذه الطريقة بوضوح ما يلتزم به الطرفان وعدم إنطوائها على غبن لأي منهما. فرب العمل يدفع الأجر عن كل عمل تم إنجازه والمقاول يتلقى الأجر عن كل ما قام به، إلا أن مقدار الأجر الكلي لا يعرف بهذه الطريقة وقت إبرام العقد إلا بشكل تقريبي. وقد نص القانون المدني العراقي على مثل هذه الصورة في المادة ٨٧٤ عندما قال:

"١- اذا كان العمل مكونا من أجزاء متميزة أو كان الثمن محدداً بسعر الوحدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا اهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته. ويجوز للمقاول في هذه الحالة ان يستوفي من الثمن بقدر ما انجز من العمل. ٢- ويفترض فيما دفع ثمنه ان معاينته قد تمت ما لم يتبين ان الدفع لم يكن الا تحت الحساب".

كما نصت عليها المادة ٥٧ من شروط المقاولة العراقية:

"على المهندس (بإستثناء ما ينص على خلافه) أن يعين قيمة العمل المنجز بموجب المقاولة بطريقة المقايسة بالشكل الوارد في المقاولة".

ونصت المادة ١١-٢٣ من كراسة الشروط العامة الفرنسية- ١٩٧٦ على إنه في حالة تطبيق الثمن على اساس الوحدة، يتحدد المبلغ المستحق من حاصل ضرب هذا الثمن بالكميات المنفذة لكل نوع من الاشغال".

كما نصت عليها ايضا المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري عندما قالت:

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٨١.

"المقادير والاوزان الواردة بجداول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والنقصان تبعا لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والمبالغ التي تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا سواء كانت تلك الكميات أقل أو أكثر من الواردة بالمقايسة أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة او العجز عن خطأ في حساب المقايسة الإبتدائية وعن تغيرات ادخلت في العمل طبقا لاحكام العقد".

وقد أخذ المشرع العراقي ومثله المصري بالصور الثلاث لتحديد لأجر، وهي التحديد بمبلغ اجمالي (المادة ٨٧٧ مدني عراقي والمادة ٦٥٨-١ مدني مصري)، وتحديد الأجر على أساس المقايسة (المادة ٨٧٩-١ مدني عراقي والمادة ٦٥٧-١ مدني مصري)، وأخيرا التكلفة زائدا نسبة معينة من الربح (المادة ٨٨٠-١ مدني عراقي والمادة ٦٥٩ مدني مصري).

ويحدد الأجر الأجمالي والأجر على أساس المقايسة أو الأجر على أساس التكلفة زائدا نسبة معينة من الربح بإتفاق الطرفين، ولكن في حالة عدم تحديد العقد لأجر المقاول وعرض الأمر على القضاء، فان المحكمة تحدده على أساس التكلفة زائدا أجر المثل لهذا المقاول مراعية في ذلك طبيعة العمل، وكميته، والوقت الذي إستغرقه ومكان العمل وبعده وقربه عن العمران والمواصلات، وسعر المواد التي إستخدمت في العمل وأجور العمال، ومؤهلات المقاول وكفاءته وسمعته[1]، كما تستهدي المحكمة بالأعراف الجارية المهنية عند تحديد أجر المثل لهذا المقاول.

٤- طريقة فئات الأثمان Schedule of Rates: وبموجبها يتم تحديد ثمن كل نوع من الأعمال اللازمة لأقامة البناء، كنقل الأتربة، أو تنفيذ أعمال

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٥٦، ص ٨٤.

النجارة أو الحدادة، أو صب الخرسانات. ولا يمكن بهذه الطريقة معرفة الأجر الكلي في المقاولة ما لم تنته الأعمال وتعرف مقاديرها للوقوف على أجر كل عمل ومجموع أجوره بمقتضى فئات الأثمان[1].

٥- طريقة تحديد الثمن بالأحالة الى عنصر خارجي عن العقد: أجاز مجلس الدولة الفرنسي تحديد الثمن بطريقة الاحالة الى عناصر خارجة عن العقد، ومثال ذلك الإتفاق على إتخاذ الاسعار السائدة في وقت محدد أساسا للمحاسبة، وقد يتخذ متوسط السعر في المناقصات خلال العام السابق على التعاقد كأساس للمحاسبة في عقود معينة[2].

وتخضع كيفية الدفع للإتفاق، مع أن الأصل أن يتم الدفع عند تسلم المعقود عليه، فإذا إتفق على خلاف ذلك، فانه يؤخذ بالإتفاق أو ما جرى عليه العرف. ويجري العرف حاليا على الدفع بصورة دفعات تسلم على فترات معينة حسب نسبة الإنجاز، بحيث تمكن المقاول من أداء العمل الملتزم به وتضمن حقوق رب العمل.

وإذا تعدد أرباب العمل، لم يكونوا متضامنين في الإلتزام بالأجر إلا إذا وجد إتفاق على التضامن. وينقسم الأجر بينهم بنسبة حصتهم في العمل، فان لم تتعين حصة كل منهم إنقسم الأجر بالتساوي. وذلك كله إعمالا لمبدأ قانوني صريح يقضي بأن التضامن لا يفترض (المادة ٣١٥ مدني عراقي) وإنما يكون بنص القانون أو بالإتفاق[3].

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٨١، ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٣٦.

٢- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٨٦، ود. وليد عبدالرحمن اسماعيل مزهر، المرجع السابق، ص ١٩٠.

٣- محمد عبدالرحيم عنبر، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

الفرع الثاني

إستقلال المقاول عن رب العمل في أعماله

لا يأتي عقد المقاولة صحيحا إلا إذا كان المقاول مستقلا في عمله عن رب العمل، ولا تتحقق المسؤولية المدنية للمقاول بموجب ضمان تمام الإنجاز المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي، إلا بإستقلال المقاول عن رب العمل. فدون ذلك تنتفي مسؤوليته بموجب هذا الضمان وتقوم وفقا للقواعد العامة. وأساس المسؤولية على وفق هذا الضمان هو توافر الرابطة العقدية المنصبة على إقامة مبان ومنشآت أخرى وإستقلال المقاول عن رب العمل في تنفيذه لإلتزاماته العقدية. فيجب لمساءلة المقاول أن يكون مرتبطا بعقد مقاولة. وأهم ما يميز عقد المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول يعمل بصورة مستقلة عن رب العمل، دون إشراف من الأخير أو إدارة أو توجيه،[1] وأن تنتفي علاقة التبعية بين الطرفين. فإذا ما توافرت علاقة التبعية، لا نكون بصدد عقد مقاولة، وإنما عقد عمل. ومفهوم التبعية يقوم على توافر السلطة الفعلية التي تثبت للمتبوع في رقابة التابع وتوجيهه. وبالنتيجة لا تنهض مسؤولية المقاول عن الخلل أو العيب في البناء، بل تسري عليه أحكام الإلتزامات المقررة في عقد العمل. ويرى الفقه والقضاء أن عقد العمل لا يقوم إلا بتوافر أمرين: تبعية العامل لرب العمل، وتقاضي العامل أجراً عن عمله[2]. فإذا توافرت علاقة التبعية، أصبح رب العمل مسؤولا عن أعمال تابعه. والمقصود بالتبعية أن يضع العامل نفسه في خدمة صاحب العمل وينفذ العمل وفق أوامره، وتحت إدارته وإشرافه. فإذا إنعدمت التبعية وإحتفظ العامل بإستقلاله ونفذ العمل المعهود اليه بحرية وإستقلال فيعتبر العقد عقد

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ ٧، فقرة ٤ ص ١٥. ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٣٣، ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق ص ١٣٩.

٢- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٤٠، ود. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٤٧٢، ود. فتيحة قرة، المرجع السابق، ص ٢١.

مقاولة. وبناء عليه فان عقد المقاولة يتميز عن عقد العمل بأن رب العمل لا تكون له إدارة العمل ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية[1]. وهذا ما إستقر عليه القضاء في مصر والعراق. فقد جاء بحكم لمحكمة النقض المصرية ما يلي:

"إن مقتضى حكم المادة ١٧٤ من القانون المدني أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التي تثبت للمتبوع في رقابة التابع وتوجيهه عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها، وسواء إستعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان في إستطاعته إستعمالها. لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بمسؤولية الطاعنة- الهيئة العامة للمجاري والصرف الصحي- عن خطأ المطعون عليه الثاني- مقاول الحفر- على ما خلص اليه إستنادا الى شروط المقاولة وتقرير الخبير من أن عمل موظفي الطاعنة لم يقتصر على مجرد الإشراف الفني، بل تجاوزه الى التدخل الإيجابي في تنفيذ العملية وهو ما تتوافر به سلطة التوديه والرقابة في جانب المطعون عليه الثاني بإعتباره تابعا لها، ولا وجه للإحتجاج بأن الحكم لم يعمل شروط عقد المقاولة بين الطرفين فيما نص عليه من أن المقاول وحده هو المسؤول عن الاضرار التي تصيب الغير من اخطائه وذلك أزاء ما حصله الحكم من ثبوت السلطة الفعلية للطاعنة على هذا المقاول في تسيير العمل"[2].

ولا يكفي القول أن رب العمل يشرف على أعمال المقاول لإثبات صفة التبعية وإنما لا بد أن يكون هذا الإشراف مؤثراً في عمل المقاول ومتجاوزاً لحدود الإشراف العادي، بل يسلب منه صفة الإستقلال في تنفيذه للعمل المعقود عليه. هنا تنتفي صفة المقاول عنه ويصبح عندئذ أجيرا عاديا تابعا لرب العمل. ولا يكفي تواجد المالك في محل العمل لملاحظة سيره بصفة عامة مدفوعا بأهتمامه الشخصي للقول بأدارته للعمل وإشرافه على المقاول، بل لا بد من سيطرته الفعلية على الأعمال والإشراف عليها فنيا لكي تنتفي

١- د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

٢- الطعن رقم ٣٧٧ سنة ٤٣ جلسة ١٩٧٧/١/٣١ س ٢٨ رقم ٦٦ ص ٣٢٢.

صفة التبعية ويفقد المقاول صفته ليكون مجرد أجير أو عامل لدى رب العمل. وقد جاء في حكم آخر لمحكمة النقض المصرية ما يلي:

"إنه بمقتضى الاحكام العامة المقررة في المادتين ١٥١ و١٥٢ من القانون المدني، يجب لإلزام الحكومة بتعويض الضرر الناشيء عن فعل المقاول الذي إتفقت معه على القيام بعمل لها، أن يثبت الحكم أن الخطأ الذي نجم عنه الضرر قد وقع من موظفيها في أعمال المقاولة، أو من المقاول إن كان يعد في مركز التابع لها. وإذن فإذا أسس الحكم مسؤولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المقاولة، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال، وما علاقته بالضرر الذي وقع، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ في حد ذاته وإحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعليا في تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت، فهذا الحكم يكون قاصرا عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسؤولية"[١].

وقد نصت المادة ٩٠٠-٢ مدني عراقي على الآتي:

"ويتميز عقد العمل عن عقد المقاولة، بأن في الاول دون الثاني حقاً لرب العمل في إدارة جهود العامل، وتوجيهها أثناء قيامه بالعمل، أو على الاقل في الإشراف عليه".

وقد إنتقد بعض الشراح بحق جعل الإشراف معيارا للتمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة،[٢] لأن الإشراف وحده لا يكفي للتمييز بين العقدين. لكن قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ قد أكد على صفة التبعية ولم يشر الى الإشراف وعرّف عقد العمل في المادة ٢٩ منه بأنه:

"إتفاق بين العامل وصاحب العمل، يلتزم فيه العامل بأداء عمل معين لصاحب العمل تبعا لتوجيهه وإدارته ويلتزم فيه صاحب العمل بأداء الأجر

١- المجموعة ٢٥ سنة ٤١/٤/١٧ طعن رقم ٧٦ لسنة ١٠ رقم ٥ ص ٩٧٣.

٢- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٤٢، و محمد عبدالرحيم عنبر، المرجع السابق، ص ٢٥.

المتفق عليه للعامل".

كما جاءت أحكام محكمة التمييز لتؤكد على التبعية كمعيار للتفرقة بين عقدي المقاولة والعمل. فقد جاء في أحد أحكامها:

"الذي يميز عقد المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لرب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلا طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما. أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، ولا يعمل مستقلا عن رب العمل بل يتلقى تعليماته، وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما. فالمعيار هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه.."[1].

فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو المعيار الذي أخذ به القضاء والفقه في التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل. وعنصر الإشراف والرقابة هو القوام الذي ترتكز عليه علاقة التبعية. ويعرف ذلك بأنه ما يملكه المتبوع بناء على إتفاق أو قانون من سلطة في إصدار أوامره وتعليماته لتابعه وخضوع هذا الأخير لهذه الأوامر والتعليمات المتعلقة بالكيفية التي ينفذ بها العمل الذي إستخدم من أجله[2]. فتقوم رابطة التبعية متى ما كانت للمتبوع سلطة فعلية على التابع ورقابة في توجيهه[3].

ولمعرفة الرابطة الحقيقية بين المقاول ورب العمل، ينبغي الرجوع الى العقد المبرم بين الطرفين. فإذا كانت العلاقة بينهما علاقة تبعية وتظهر سيطرة قوية لرب العمل على الأعمال الجارية، بحيث يشرف عليها بطريقة فعلية وفنية ويخضع المقاول لطلباته خضوعا لا يبقي له رأيا ملزما لرب العمل، نكون

١- حكم محكمة التمييز في الدعوى ١١٦/هيئة عامة أولى/ ١٩٧٢بتاريخ ١٩٧٢/٣/٣١.

٢- المستشار عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

٣ - ويظهر أن القانون المدني الكويتي هو الوحيد من بين القوانين العربية الذي أكد على هذه الخصيصة عند تعريفه لعقد المقاولة، حيث جاء بنص المادة ٦٦١ منه ما يلي: "المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه". فقد جعل هذا التعريف سمة إستقلالية المقاول هي السمة المميزة لعقد المقاولة، وهو سلوك محمود من جانب المشرع الكويتي.

بصدد عقد عمل، وتتحدد مسؤولية المقاول بمسؤولية التابع. أما إذا كانت سيطرة رب العمل ضعيفة ولا تعدو ان تكون مجرد طلب تنفيذ الاعمال التي يريدها ويخضع المقاول لتلبية تنفيذها وفقاً لما يراه متفقاً وما تقضي به قواعد وأصول الفن في البناء ويكون من حقه لا بل من واجبه أن يمتنع عن أي عمل يخالف القواعد والأصول الفنية ولو أمره بذلك رب العمل[1]. وعندما يريد القضاء التحقق من مدى توافر هذه السلطة، فانه لا ينظر الى ممارسة المتبوع لها وقت الفعل، فهو لا يشترط ممارستها فعلا من قبل رب العمل، بل يكفي لتحققها أن يمتلك الأخير حق التوجيه والرقابة والإشراف فحسب، بل وحتى لو قام بها تابع آخر نيابة عن المتبوع ولحسابه[2].

وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية، إشترطت المحكمة شرطين لغرض إنتفاء مسؤولية المقاول وترتيبها على عاتق رب العمل وحده هما: أولهما- أن يكون هناك تدخل فعلي من قبل رب العمل في عمل المقاول، وثانيهما- أن يكون لرب العمل دراية خاصة في أمور الفن المعماري وهندسة البناء. فان توافر هذان الشرطان، إنتفت مسؤولية المقاول وعد رب العمل مسؤولا وحده عن التهدم الذي يحصل في البناء أو العيوب التي تظهر فيه، وإن لم يتوافر كان المقاول مسؤولا عن كل ذلك. وعليه فان سيطرة رب العمل مهما كان قدرها لا تكفي لنفي المسؤولية عن المقاول إذا لم تقترن بثبوت دراية رب العمل في فن وهندسة البناء[3]. ويرى الباحث أن هذا الحكم لا يستقيم مع قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع التي أرادها القانون ونص عليها في

---

١ - محكمة مصر ٨ يونية ١٩٣٧، المحاماة، رقم ٣٣، ص ٥٩- مرجع القضاء ٨-٦٤.

٢- المستشار عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

٣ - نقض مدني فرنسي في ١١ يونية سنة ١٩٦٥- سيريه دالوز ١٩٦٥- ص ١١٨- قسم الأحكام المختصرة. مشار اليه في رسالة محمد جابر الدوري، ص ١٤٤. فقد جاء بنص الحكم ما يلي: "لم يعط قضاة الموضوع الأساس الشرعي لقرارهم عندما وضعوا كلفة إصلاح العيوب على عاتق رب العمل الذي إتفق مع مقاول لبناء دار له إنهارت بسبب عدم كفاية الأسس التي أقيمت على أرض غير صالحة فأدى ذلك الى تصدع البناء، مصرحين بأن المالك قد بنى داره بدون خارطة وبدون تصميم مسبق معد من قبل مهندس معماري مختص، ولم يبحثوا فيما إذا كان رب العمل قد تدخل في عمل المقاول ولأي إعتبار كان في إنشاء هذه الدار، وفيما إذا كانت له دراية خاصة في هذا المجال".

المادة ١٣٨٤ الفقرة الخامسة مدني فرنسي، وجاءت أيضا بنص المادة ١٧٤ مدني مصري، والمادة ٢١٩ مدني عراقي والمادة ١٣٦ مدني جزائري[1]. ولم يجز القانون للمتبوع أن يتخلص من هذه المسؤولية كما لم يجز للتابع الإعفاء منها، بل يستطيع المتبوع الرجوع على التابع بما تكبده بسبب خطأ الأخير، بالقدر الذي لا يكون خطأ التابع ناشئا عن خطأ المتبوع[2]. فعلاقة التبعية تتوافر عند توافر سلطة الإشراف والرقابة حتى لو إفتقر متوليها للمعلومات الفنية التي تمكنه من ممارستها، كصاحب المستشفى الذي لا يحمل بكالوريوس في الطب، فيعين طبيبا كمديرا للمستشفى، وكذلك صاحب السيارة الذي لا يعرف القيادة فيعين قائدا لها مرخصا له بالقيادة. وقد قضي بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى، الذي عولج فيه المريض، ولو كانت علاقة تبعية أدبية، كاف ليتحمل المستشفى مسؤولية أخطاء الطبيب[3].

مما تقدم يمكن القول أن مسؤولية المقاول لا تظهر إذا كانت علاقته برب العمل علاقة تبعية ويخضع في أعماله لتوجيه الأخير. وبالتالي يرى الباحث أن الضمان السنوي لا يثبت عليه فيما لو ظهر أي خلل أو عيب في البناء، طالما إنه إفتقد صفة المقاول بخضوعه لإشراف وسلطة رب العمل.

---

١ - نصت المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي على الآتي: "يكون السادة وأرباب العمل مسؤولين عن الأضرار التي يسببها مستخدموهم وعمالهم عند أدائهم للوظائف المكلفين بها". وجاء في نص المادة ١٧٤-١ مدني مصري ما يلي: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها. ٢- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة في رقابته وفي توجيهه". في حين جاء نص المادة ٢١٩-١ مدني عراقي كما يلي: "الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل أحد المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم. ٢- ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر او أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية". ويلاحظ أن النص المصري أكثر إيجازا ودلالة من النص العراقي. وحبذا لو راجع المشرع العراقي نصوص القانون المدني لتعديلها بما يتلاءم مع الظروف المجتمعية القائمة.

٢ - أنظر بهذا المعنى السنهوري، المرجع السابق، جـ ١، بند ٦٩١، والمستشار عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

٣ - المستشار عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٢٨٤. وجاء في حكم للمحكمة العليا الجزائرية ما يلي: "من المقرر قانونا أن المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى ما كان واقعا منه في حالة تأديته لوظيفته أو بسببها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون". قضية رقم ٥٣٣٠٦ بين مؤسسة ميناء وهران و (م.هـ) الحكم ١١/٠٥/١٩٨٨ م. ق سنة ١٩٩١، عدد ٢ ص ١٤ و١٥ و١٦.

المطلب الثاني

تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى

وردت أحكام مسؤولية المقاولين والمهندسين المعماريين في القانون المدني الفرنسي في المادتين ١٧٩٢ و٢٢٧٠[1].

وفي مصر حددت المادة ٦٥١ من القانون المدني أحكام مسؤولية المهندس المعماري والمقاول[2].

أما في العراق فقد جاءت أحكام ضمان المهندس المعماري والمقاول في المادة ٨٧٠ من القانون المدني[3].

وإذا كان المشرعان العراقي والمصري قد تركا موضوع العيوب التي لا تهدد متانة وسلامة البناء لأحكام المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة، ولم يدخلاها في نطاق المسؤولية الخاصة بالمهندس والمقاول، فان المشرع الفرنسي قد وضع أحكاما خاصة في هذا المجال في نص المادة ١٧٩٢-٦ والمادة ٧ من قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨. فقد نصت المادة ٧ على الآتي:

"عقود المقاولة التي يكون محلها إنشاء مبانٍ للسكنى، يفترض فيها أن تتضمن الإشتراطات القانونية أو اللائحية المتعلقة بالحد الأدنى من المقتضيات الواجبة في مجال عزل الصوت.

وتخضع الأعمال التي من شأنها أن تفي بهذه المقتضيات، لضمان كمال الأعمال المقرر بالمادة ١٩٧٢-٦ من المجموعة المدنية".

نلاحظ من نصوص المواد الواردة آنفا أن المشرع الفرنسي قد أشار في أكثر من موضع الى البناء والمنشآت الثابتة، لكنه قد سكت عن بيان الاعمال

---

١ - أنظر النص الكامل للمادتين بعد تعديلهما بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ في الملحق رقم (١) من هذه الدراسة.

٢ - أنظر نص المادة في هامش ٤٤ في صفحة ١٩ من هذه الدراسة.

٣ - أنظر نص المادة في هامش ٤٣ في صفحة ١٩ من هذه الدراسة.

التي تشكل محل ورود أحكام هذا الضمان، ولا يوجد ذكر من قريب ولا من بعيد لها[1]. والمتأمل لنص المادتين المذكورتين الخاصتين بهذا الضمان يلاحظ أن المشرع قد أراد أن يشمل به المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. فعندما يشير المشرع في الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢-٦ الى الموافقة على التسلم بأنها الفعل الذي يعلن فيه مالك البناء قبوله العمل، إنما يقصد البناء أو المنشأ الذي أنجزه المقاول. وهو في المادة ٧ قد أشار صراحة الى عقود المقاولة التي يكون محلها إنشاء مبان سكنية. لكنه لم يقصر العيوب على تلك التي تهدد سلامة البناء، وإنما ترك الموضوع على إطلاقه ورتب مسؤولية المقاول عن إصلاح جميع العيوب التي أشار اليها رب العمل بطريق التحفظات أو بالإشعار الكتابي. لذلك نفترض أنه مسؤول على وفق هذا الضمان عن إصلاح جميع العيوب في أي عنصر من عناصر البناء أو المنشأ الثابت التي أشار اليها رب العمل خلال المدة المحددة للضمان. ويمكن القول أن عيوب الأسقف الثانوية والمعـ[illegible] الكهربائية والأسقف والجدران المتحركة والمراوح والأبواب والنوافذ والأسلاك الكهربائية وأجهزة التبريد والتكييف وكل العيوب التي لا تدخل في نطاق الضمان العشري المنصوص عليه في المادة ٨٧٠ مدني عراقي والمادة ٦٥١ مدني مصري، تدخل ضمن نطاق هذا الضمان.

وقد أجمع الفقه الفرنسي على إن هذا الضمان إنما يشمل العقار المشيد في مجموعه[2]. لا فرق في ذلك بين عناصره التكوينية أو عناصره التجهيزية أو الإعدادية، ولا فرق بين تلك التي تقبل الإنفصال أو لا تقبل. ويشمل هذا الضمان كل أعمال الهندسة المدنية والعسكرية وكذلك ملاعب الرياضة بمختلف ألوانها وكل أعمال الإعداد والتهيئة والتجهيز للأرض من رصف

١- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٨.

2 -Bigot (J) op. cit. p. 153.

الطرق وشق الترع والقنوات وحفر الآبار، وإقامة الجسور، ومد خطوط السكك الحديدية، إلى غير ذلك مما يدخل في نطاق أعمال مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الاخرى[1].

كما يشكل محلا لورود أحكام هذا الضمان كل عقار يشيد بمختلف عناصره السابقة، أيا كان مسماه أو نوعه، وأيا كان الغرض من تشييده، أو الوظيفة التي رصد لأدائها، وأيا كانت المواد المستخدمة في تشييده، أو مكان التشييد، دون تخصيص في ذلك أو تقييد، أو حصر في نوع دون آخر، أو قصر على غرض دون سواه أو إعتداد بمواد تشييد دون أخرى، أو وقوف عند مكان دون غيره[2].

ويأخذ القضاء الفرنسي بمفهوم واسع للمباني أو المنشآت الخاضعة لهذا الضمان، فيدخل فيها كل ما يتعلق بأعمال الهندسة المدنية، كالطرق والجسور، وإنشاء الحوائط المدعمة للمبنى والاعمال المتعلقة بالتدفئة المركزية. وبوجه عام فان المنشآت الثابتة أو الأعمال العقارية التي يرد عليها الضمان لها مفهوم متسع، فلا تقتصر على المنشآت الموجود فوق الارض بل تمتد الى المنشآت المقامة في باطنها أو في مستواها ايا كانت طبيعتها او الغرض منها[3].

وإذا كان الفقه والقضاء الفرنسي والمصري[4] يسلم – ونؤيده في ذلك- بأن أحكام الضمان العشري إنما تقتصر على الإنشاءات الجديدة فقط، يرى الباحث أن أحكام ضمان تمام الإنجاز يمكن أن تشمل أعمال ترميم المنشآت القديمة أو إضافة أدوار أخرى اليها، وذلك لأن نص المادة ١٧٩٢-٦ الخاصة بأحكام هذا الضمان تشير الى إصطلاح العمل. ولا يوجد ما يمنع بأن يشتمل

١- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٦-٤٣٧.

٢- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٩.

٣- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، مسؤولية المعماريين، ص ٨٨، ود. أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق، المسؤولية العقدية، ص ٨.

٤- راجع بشأن ذلك د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص٢١٢ وما بعدها.

معنى هذه المفردة على أعمال الترميم. وقد يشتمل الترميم على مد أسلاك الكهرباء أو أنابيب المياه أو الدهان أو الزخرفة وغير ذلك، وكل تلك الأعمال يمكن أن تثير مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان.

وإذا كان المشرع العراقي والمصري قد أخرج العقار بالتخصيص، الذي هو بطبيعته منقول يرصد لخدمة عقار ومنفعته (مادة ٦٣ مدني عراقي والمادة ٨٢-٢ مدني مصري)، من نطاق المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس (مادة ٨٧٠ مدني عراقي) عما يظهر فيه من خلل إلا وفقا لما تقرره القواعد العامة، لكن المشرع الفرنسي قد أدخله في نطاق ضمان تمام الإنجاز وفقا للمادة ١٧٩٢-٦. فأصبح المقاول مسؤولا خلال مدة سنة من تسليم العقار عن جميع العيوب التي تظهر في المبنى أو المنشأ محل العقد. وبذلك يكون المقاول مسؤولا عن الفواصل الداخلية في المبنى وعن الديكورات الداخلية والخارجية فيه وعن بوابة الدار وجدار التقوية والشرفة وسياجها وأغطية فتحات المجاري والمياه والأسوار الخارجية والداخلية في المبنى وجميع الأجزاء والعناصر الداخلة فيه ولو كانت قابلة للإنفصال دون هدم أو تلف.

وإذا كان القضاء العراقي والمصري قد درج على إخراج أعمال البياض والمحارة والدهان والزخرفة والديكور من نطاق الضمان العشري للمقاول والمهندس لأن هذه الأعمال لا تهدد سلامة البناء ومتانته[1]، إلا أن المشرع الفرنسي قد أدخل جميع أعمال الصبغ والديكور ضمن الأعمال التي يسأل

---

١ - إستئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٧٤ وإستئناف مختلط ٢٩ أبريل ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩، مقتبس من د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٤٣. وحكم محكمة التمييز في العراق رقم ٥٧٩/ح/٩٥٨ منشور في مجلة القضاء العدد الثالث- مايس- حزيران ١٩٥٨، السنة ١٦، ص ٤٤٨ وما بعدها. وقد ورد في هذا الحكم ما يلي: ".. وقول المميزة أن هذا الشرط يعتبر موجودا من غير ضرورة للنص عليه فغير وارد، لأن التكحيل والتلسين، إنما هما يفيدان الزينة وليس من متممات ومقتضيات البناء..". وأنظر كذلك د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٤، ود. السنهوري، المرجع السابق، جـ ٧، ص ١٤٣.

المقاول عن الخلل الذي يصيبها أو العيوب التي تظهر فيها خلال مدة سنة بعد الإنجاز والتسليم. ويسير على نفس هذا النهج القضاء الأمريكي والإنجليزي[1].

أما المنشآت أو المباني غير الثابتة كالعربات أو السفن أو العوامات أو القاطرات أو الخيام أو السرادق أو الكرفانات، فلا تدخل ضمن نطاق مسؤولية ضمان الإلتزام بالصيانة للمقاول، لكونها لا تعتبر من قبيل المنشآت الثابتة بل هي منقولات. إذ إنه يمكن نقلها وتحويلها دون تلف، فهي ليس لها مستقر ثابت وبالتالي لا تعتبر من قبيل المباني، فهي ليست لها إتصال قرار في الأرض كالمنزل أو الجسر أو البرج. لذلك فانها تخضع لأحكام المسؤولية التي تقررها القواعد العامة وليس لأحكام ضمان المقاول سواء السنوي أو العشري. أما البيوت الخشبية الثابتة في الأرض ثبوت قرار، فتتحقق في بنائها مسؤولية المقاول عما يصيبها من خلل بعد الإنجاز والتسليم وذلك لأنها تعتبر من قبيل المباني.

أما بالنسبة للمنشآت الثابتة الأخرى والتي ورد شرحها في هذا البحث كالجسور والقناطر والسدود وخزانات الماء أو الوقود والبوابات والأنفاق والمقابر والسكك الحديدية وأجهزة التكييف المركزية والمداخن والمصاعد والسلالم المثبتة بشكل دائم في عقار ورصف الطرق والقنوات والحمامات المخصصة لإستحمام السياح على شواطيء البحيرات أو البحار والشوارع والأرصفة وخطوط الكهرباء أو الهاتف ومدارج الطائرات ومهابطها، فيتفق الفقه الفرنسي والمصري والعراقي[2] على إعتبارها من المنشآت الثابتة الأخرى وعلى تحقق مسؤولية المقاول عما يحدث فيها من تهدم وما يظهر فيها من عيوب بعد إنجاز بنائها وتسليمها لرب العمل. والسؤال هو هل تدخل

١- الحكم رقم Dick V. Jullien 279 F. 993 1922 , منشور في: Walter C. Sadler in Legal Aspects of Construction, 1959, p. 203.

٢- السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٤، ومرسي، المرجع السابق، ص ٤٩٩ ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٦، ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٣٤.

المنشآت الثابتة الأخرى في نطاق ضمان تمام الإنجاز الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٦ من التقنين المدني؟

لم يحدد المشرع الفرنسي صراحة الاعمال التي يرد عليها هذا الضمان. وكأنه أراد بسكوته عن تحديد نوع هذه الاعمال أن يمد نطاق الضمان ليشمل كل الاعمال الداخلة في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة. لكنه حدد صراحة بأن ضمان تمام الإنجاز يمتد ليشمل جميع أنواع الخلل ولكل الأعمال التي تشكل موضوعاً له وكل أنواع الضرر الذي يلحق برب العمل قبل أو بعد التسلم أو خلال السنة التالية له.

وفي ضوء ما تقدم، يرى الباحث أنه في حالة إدخال المشرع العراقي لهذا الضمان في نصوص القانون المدني أن يسلك نفس مسلكه في المادة ٨٧٠ مدني عراقي بتحديده الواضح لمحل هذا الضمان من خلال النص صراحة على المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

وقد إختلفت الآراء بشأن إعتبار حفر الآبار وشق الترع والقنوات المائية ومصارف المياه والمبازل من المنشآت الثابتة من عدمه، ومدى مسؤولية المقاول عن الخلل الذي يصيبها أو العيوب التي تظهر فيها بعد الإنجاز والتسليم لرب العمل. فيرى فريق[١] – ونؤيده في رؤيته- أن هذه الأعمال وإن كانت ليست بمبان إلا أنه يمكن إعتبارها منشآت ثابتة. بينما يرى فريق آخر[٢] عدم إعتبارها من قبيل المنشآت الثابتة. وكانت حجة المعارضين لإعتبارها من المنشآت الثابتة أن التهدم أو العيب الذي في هذه الأعمال يسهل إكتشافه من قبل رب العمل أثناء التسليم وإن لم يكن ذا خبرة بأمور الفن في البناء، ولأن العيوب التي تنطوي عليها مثل هذه الأعمال تكون من العيوب الظاهرة التي يغطيها التسليم، ويسقط حق رب العمل في مساءلة

---

١ – د. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص ١٣٥.

٢ – د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص ١٢٦.

المقاول عنها، وأن هذه الأعمال لا يتجلى فيها الفن المعماري المقصود بالمساءلة القانونية محل حماية الشارع في هذه المسؤولية[1]. ويرى الباحث أن هذه الأعمال هي التي يتجلى فيها الفن الهندسي أكثر من غيرها، وأنها ذات أهمية كبيرة وتؤثر على مصالح عدد كبير من الناس، وهي تتطلب خبرة وفنا يفتقر اليها رب العمل العادي، مما تجعله جديرا بحماية القانون. وفيما يخص موضوع ضمان الإلتزام بالصيانة، فان هذه الأعمال أولى من غيرها بشمولها بهذا الضمان.

١- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٣٥ ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٣.

المطلب الثالث

حصول التهدم أو العيب في الأبنية أو المنشآت الثابتة الأخرى

الشرط الثاني من الشروط الموضوعية لتحقق ضمان الإلتزام بالصيانة هو حصول الأضرار أو العيوب في الأبنية والمنشآت محل العقد، ويقصد به الأضرار التي تصيب البناء بعد إنجازه وتنفيذه وتسليمه لرب العمل. وتشتمل هذه الأضرار على كل الأضرار التي يغطيها الضمان العشري وكل الأضرار التي يغطيها ضمان كفاءة الأداء وكل الأضرار التي لا تدخل في نطاق الضمانين المذكورين. فهي تكون تارة بصورة تهدم في البناء أو في المنشآت الثابتة الأخرى، وتارة أخرى بصورة عيب يلحق بالعقار يترتب على وجوده تهديد متانته وسلامته، أو أضرار من شأنها المساس بمتانة عنصر تجهيزي غير قابل للإنفصال أو من شأنها جعل العقار غير صالح للغرض الذي أنشيء من أجله، ثم أضرار تلحق بالعنصر التجهيزي القابل للإنفصال، ثم هناك أضرار العزل الصوتي. لهذا سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على هذه الحالات وذلك في تسعة فروع مستقلة وكما يلي:

الفرع الأول

حالة تهدم البناء

حدد المشرع الفرنسي ومثله العراقي والمصري الحالات التي يشملها الضمان العشري وبها تنهض مسؤولية المقاول بموجبه. كذلك فعل المشرع الاول مع ضمان كفاءة الاداء وحدده في المادة ١٧٩٢-٣ بأنه يشمل حالة العيوب التي تمس العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال عن البناء. لكنه ترك الباب مفتوحا فيما يتعلق بالحالات التي تحرك ضمان تمام الإنجاز. ويتفق الشراح[1] انه أزاء سكوت المشرع فانه إنما أراد أن يشمل به كل حالات الضمان العشري وحالات ضمان كفاءة الاداء وحالات أخرى لم يشملها الضمانان السابقان كعيوب العزل الصوتي أوعدم مطابقة الاعمال للمواصفات المتفق عليها أو الاضرار البسيطة والمتوسطة. وأزاء هذه الصياغة العامة، يجب القول أن المشرع قد إتخذ من هذا الضمان حماية لرب العمل من أي ضرر قد يلحقه مهما كانت درجة خطورته. فقد أدخل المشرع في نطاقه كل خلل يعتري العقار دون التقيد بوصف معين. فيدخل في نطاقه جميع الأضرار الصغيرة منها والكبيرة وسواء منها تلك التي تهدد سلامة العقار أو لا تهدد. ويرى بعض الشراح[2] أنه في حال خضول تهدم في البناء أو عيب يهدد سلامته فان رب العمل بالخيار بين دعوى الضمان السنوي أو دعوى الضمان العشري، طالما جاءت الدعوى ضمن المدة المقررة للضمان السنوي. ويرى الباحث أن إعطاء الخيار لصاحب العمل بين دعوى الضمان السنوي ودعوى الضمان العشري في حالة تهدم البناء، إنما يخلق نوعا من التداخل بين الضمانين ويفرغ الضمان الاول من محتواه وجوهره، ويبتعد عن القصد الحقيقي للشارع بالتفريق بين الضمانين، بالرغم من أنه لم ينص صراحة على حالات تطبيق الضمان السنوي.

---

١ - د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٦ ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٢٧.

٢- المرجعين السابقين، ص ٤٤٥، ١٠٠٤ على التوالي.

الهدم في اللغة هو نقيض البناء[1]، وفي الاصطلاح القانوني هو إنحلال الرابطة التي تربط بين أجزاء البناء[2]، أو هو حالة تصيب البناء فتختل أجزاؤه المتماسكة، أو بعضها، وتؤول الى وضع تصبح معه متفككة غير متماسكة، فتختل وتتساقط أو تؤول الى السقوط فلا تقوى على البقاء قائمة[3]، أي حدوث إنفصال بين أجزائه، سواء كان الإنفصال كليا فترتب عليه تهدم البناء برمته، أو إنفصال جزئي يؤدي الى تهدم بعض البناء[4]. فالتهدم قد يكون كلياً يصيب البناء فيتداعى ويسقط ولا يعود هناك بناء قائم، وقد يكون جزئيا فيصيب جزءا من البناء دون الأجزاء الأخرى[5]. وجوهر التهدم الكلي أو الجزئي أنه يصبح من غير الممكن إستعمال البناء دون وقوع أضرار وضياع الفائدة من إقامته وإنشائه.

وتتعدد أسباب إنحلال الرابطة بين أجزاء البناء: فقد يكون السبب من عملية البناء ذاتها، كقلة خبرة البنّاء أو عدم مراعاة أصول البناء، وقد يكون السبب عدم مراعاة المراحل الزمنية المختلفة لعملية البناء، أو ربما بسبب رداءة المواد المستخدمة في البناء، أو بسبب عيوب التربة. ويتفق الفقه والقضاء على تطبيق أحكام الضمان السنوي عندما يكون التهدم ناتجا عن الاسباب المذكورة آنفا، شريطة أن تكون هذه العيوب مما يسهل كشفها للمختص في أعمال البناء كالمقاول أو المهندس. أما إذا جاء التهدم بسبب عيب في التصميم الذي وضعه المهندس أو رب العمل، مما أدى الى حصول

١-إبن منظور، لسان العرب، جـ ٧، ص ٩٧١، والفيروز ابادي، القاموس المحيط جـ ٤. ص ١٩٠.

٢ – د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٤، ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٨٠، وعبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٦٩٧.

٣- أحمد سعيد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ط١، الأردن، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، ١٩٨٧، ص ٢٢٩.

٤ – د. انور سلطان، المرجع السابق، المصادر، ص ٦١٥.

٥- أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

تهدم كلي او جزئي في البناء، فلا يسأل المقاول عنه، الا اذا قام بالعمل على أساس أنه هو المقاول والمصمم بنفس الوقت، لأن المهندس هو الذي وضع التصميم المعيب، وبذلك يكون مسؤولا أمام رب العمل عن خطأه. أما إذا كان رب العمل هو الذي وضع التصميم، فيكون هو مسؤولا عن نتائج عمله، وفي كلتي الحالتين يشترط لعدم مسؤولية المقاول أن يكون الخطأ مما لا يمكن للمقاول الخبير كشفه[1]. وحسب ما جاء بنص المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي، التي شملت المقاول فقط بضمان تمام الإنجاز، فان أحكام هذا الضمان لا تسري على المهندس بل يكون مسؤولا وفقا لأحكام الضمان العشري الخاص بالمهندس المعماري والمقاول الذي جاء في المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي و٨٧٠ مدني عراقي و٦٥١ مدني مصري.

وقد ثار الخلاف بين الفقه حول مدى مسؤولية المقاول عن حصول التهدم أو الهدم بسبب مخالفة قانونية شابت عملية التشييد، كأن جاء البناء متجاوزا على أرض الغير، أو تجاوز الأرتفاع المسموح به، أو إنحرف عن خط التنظيم. فيرى غالب الفقه المصري[2] أن المقاول يكون مسؤولا، وفقاً لأحكام مسؤولية المقاول ومنها الضمان السنوي، عن هذا الهدم لأن هذا يتسق مع قصد الشارع، طالما كانت النتيجة واحدة وهي حصول الهدم أو التهدم. ويرى جانب آخر من الفقه[3] نقيض ذلك، لأن المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي لم تنص إلا على حالة حدوث التهدم الكلي أو الجزئي بسبب عيب شاب عملية البناء والتشييد أو بسبب عيب قام بالأرض ذاتها التي شيد فوقها العقار. أما

١- أنظر بهذا المعنى د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١١٣، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٧٠٠.

٢ - أنظر بهذا الخصوص السنهوري، المرجع السابق، جـ٧ ص ١١٩، ومحمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٤٩٩، ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٤٨، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٤٩٨.

3-Mazeaud (H, Traite de la responsibilite t. II, L. G.D.J. 1979 p.91

مشار اليه في د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

ما عدا ذلك من عيوب، فلا تسري عليها أحكام هذه المادة، حتى ولو أدت الى تهدم أو هدم للعقار المشيد كليا أو جزئيا[1]. ويؤيد الباحث الرأي الثاني لإنسجامه مع نص المادة المشار اليها. فالمشرع قد حدد بشكل دقيق حالة حدوث التهدم الكلي او الجزئي، ولم يتطرق الى حالة الهدم. فالهدم غير التهدم. فالتهدم لا تدخل يد الإنسان فيه، بينما يكون الهدم بتدخل يد الإنسان. وقد نص المشرع على حالة التهدم دون الهدم، ولا ينبغي تحميل النص بأكثر من معناه، "فالتهدم المقصود في النص هو التهدم غير الارادي الراجع الى سوء الصنعة أو سوء المواد المستعملة"[2]. فيكون المقاول في هذه الحالة مسؤولا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وليس قواعد المسؤولية الخاصة بالمقاول.

أما بشأن كيفية وكمية التهدم، فلم يتطلب التشريع الفرنسي، نسبة معينة للتهدم ولا كيفية معينة له، بل تطبق أحكام ضمان تمام الإنجاز سواء كان التهدم جزئيا أو كليا، وسواء إنهدم العقار بأنخساف الأرض تحته أو سقط أحد جدرانه. فمجرد حدوث التهدم، تنعقد المسؤولية على كاهل المقاول، إلا إذا حصل ذلك بفعل سبب أجنبي.

كما تنعقد مسؤولية المقاول بموجب الضمان السنوي، إذا كان تهدم المبنى أمرا محتما لا بد من وقوعه، فلا يشترط أن يكون التهدم حالا وواقعا فعلا، بل يكفي أن يكون أمرا مستقبلا محقق الوقوع. فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز في العراق ما يلي[3]:

"لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز بالنظر لما إستند اليه من أسباب موافق للقانون والإعتراضات التمييزية غير واردة حيث أن المقاول

١- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٤٩٩.

٢- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٢٣.

٣ - حكم محكمة تمييز العراق رقم ٦٥٦/ حقوقية/ ٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/١٠/٢١، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق- المجلد السادس، ص ٣٧٣.

يظل ضامناً لما يحدث في البناء الذي شيده من تهدم كلي أو جزئي مدة خمس سنوات من وقت تمام العمل وتسليمه ويكون باطلا كل شرط يقصد الإعفاء أو الحد من هذا الضمان وذلك إستنادا للمادة ٨٧٠ من القانون المدني، ولا يؤثر إعتراف المميز عليه بإستلام الدار كاملة غير منقوصة في هذا الضمان. كما أن التصدعات والشقوق تعتبر من قبيل التهدم الجزئي، وعليه يكون الحكم المميز بما قضى به موافقاً للقانون فقرر تصديقه ورد الإعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق في ١٩٦٩/١٠/٢١".

وبهذا إعتبرت محكمة التمييز حدوث التشققات والتصدعات في البناء من قبيل التهدم الجزئي المقصود بالمساءلة والذي يجعل وقوع الهدم في البناء أمرا لا بد منه[1].

وبناءً على ما تقدم، يكون المقاول مسؤولا على وفق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة عن إنهيار البناء أو سلّمه أو سياجه أو جدرانه أو شرفاته، أو عن إنهيار الجسر، أو تكسر مجاري الصرف الصحي أو إنطمار الآبار وغير ذلك من الأضرار التي يمكن أن تصيب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

---

١ - كما إعتبر القضاء الأردني في حكم له أن التشقق الذي يحتاج الى إصلاح، ويؤثر على متانة البناء بمثابة تهدم جزئي. تمييز حقوق، رقم ٨٤/٥٧ منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، صفحة ١٧٦٩ لسنة ١٩٨٤، وقد جاء فيه: "إذا كان التشقق في البناء عند تسليمه عاديا ولا يؤثر على متانة البناء، وأن التشقق الذي حصل في السنة الأخيرة يعد عيبا يحتاج الى إصلاح، ومعلوم أن مثل هذا العيب والذي يؤثر على متانة البناء يعتبر تهدما جزئيا، وأن القانون إعتبر التهدم الجزئي موجباً للضمان".

الفرع الثاني

حالة العيب الذي يهدد متانة وسلامة البناء

تتفق القوانين المدنية في فرنسا ومصر والعراق على كون حالة تهدم البناء وحالة العيب الذي يهدد متانته وسلامته من الشروط الموضوعية التي تتحقق بها مسؤولية المقاول وفقاً للضمان العشري. أما فيما يتعلق بالضمان السنوي، فان المشرع الفرنسي لم يحدد على وجه اليقين أوجه العيب والخلل الذي يعتبر من الشروط الموضوعية التي تتحقق بها مسؤولية المقاول وفقاً لهذا الضمان، بل ترك الباب مفتوحا ليشمل كل صور الخلل أو العيوب التي قد تظهر في البناء. وهذا يعني أن حالة تهدم البناء وحالة العيوب التي تهدد متانته وسلامته وكل ما يدخل في نطاق الضمان العشري، تدخل أيضا في نطاق ضمان تمام الإنجاز.

أما المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فانها لم تحدد على وجه الحصر ما هو الخلل أو العيوب التي يضمنها المقاول وفقاً لأحكام ضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل، بل أشارت بصورة مطلقة الى أنه اذا ظهر بالعمل أي عيب أو خلل فالمقاول ملزم بإصلاحه على نفقته، وهذا يعني أيضا أن هذا الضمان يشمل جميع حالات الخلل أو العيوب التي تظهر بالبناء مهما كانت صورتها، سواء جاءت بصورة تهدم البناء أو بصورة عيوب تهدد متانته وسلامته.

وبالمثل أشارت المادة ٥٠-٢-أ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية الى أن المقاول ملزم بموجب ضمان الإلتزام بالصيانة بإجراء "جميع التصليحات والتعديلات وإعادة الإنشاء وملافاة النواقص والعيوب والشقوق أو أية عيوب أخرى قد يطلب المهندس إصلاحها تحريريا من المقاول...". ومن النص المتقدم يتضح أن المشرع قد نص صراحة على أن جميع أشكال العيوب التي قد تظهر في البناء تدخل في نطاق هذا الضمان ولم يحدد على وجه الحصر العيوب التي يلتزم المقاول بإصلاحها، وهذا يفيد بأن

حالة تهدم البناء والعيوب التي تهدد متانته وسلامته إنما تدخل أيضا في نطاق ضمان الإلتزام بالصيانة وتعتبر من الشروط الموضوعية لتحقق المسؤولية على وفقه.

وبالنسبة لمفهوم العيب فقد عرفت المادة ٥٥٨-٢ مدني عراقي العيب في عقد البيع بأنه:

"ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه".

وهو مأخوذ من المادة ٣٣٨ من مجلة الاحكام العدلية.

وعرفته المادة ٤٤٧ مدني مصري بأنه: "كل ما ينقص من قيمة الشيء المبيع أو من نفعه أو يجعله غير قابل للإستعمال بحسب الغرض الذي أعد له".

أما العيب في البناء فلم يرد له تعريف في القانون المدني العراقي او المصري او الفرنسي، بل تركت هذه القوانين الأمر للفقه لتعريفه. فعرّفه البعض بأنه: "نوع من الخلل يصيب البناء، ولكنه لا يرقى الى حالة التهدم، سواء الجزئي أو الكلي، بل حالة يكون معها البناء على غير الحالة التي يقتضي أن يكون عليها لإعتباره سليما ومتيناً وملبياً لأغراض إنشائه"[١]. وعرّفه آخر بأنه: "الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والتي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن خلوها منه"[٢]. ويرى الباحث أن العيب في البناء هو كل نقيصة تفوت الغرض المقصود من البناء.

ويرى الفقه بأن ظهور عيب يهدد سلامة البناء ومتانته كاف لقيام المسؤولية الخاصة بالمقاول، وأنه ليس من الضروري لقيام هذه المسؤولية حدوث التهدم الكلي أو الجزئي للبناء[٣].

١ - أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

٢ - د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، عقد المقاولة، ص ١٤٧.

٣ - السنهوري، المرجع سابق، جـ٧، ص ١١٣، وكذلك د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٦.

ويفرق بعض الفقه[1] بين عيوب المواد المستخدمة في البناء وعيوب عملية البناء أي الصنعة. ورتب على ذلك بأن بائع العقار لا يسأل إلا عن عيوب عملية البناء دون عيوب المواد المستخدمة، إستنادا الى نص المادة ١٦٤٢-١ مدني فرنسي[2] التي إستخدمت إصطلاح عيوب البناء أي عيوب الصنع وإستبعدت عيوب المواد المستخدمة. لكن هذا الرأي لم يجد له صدى لدى الفقه والقضاء الفرنسي لأن إصطلاح البناء الوارد في هذه المادة لا يشير الى عملية الصنع بل الى المبنى الذي أفرزته عملية الصنع. كما إن نص المادة ١٧٩٢ ألزمت المقاول (البنّاء) بضمان عيوب المواد إضافة الى عيوب عملية البناء ذاتها.

لهذا يرى الباحث أن هذه التفرقة لا تستقيم مع قصد المشرع الذي أراد حماية حق صاحب العمل أمام مقاول خبير بهذه الصنعة، ويجب أن تنهض مسؤوليته في حال حصول عيب في البناء بغض النظر عن كونه عيب في المواد المستخدمة أو في أصول فن البناء.

وتختلف العيوب التي تنهض بها مسؤولية المقاول وفقاً لأحكام الضمان العشري، عن العيوب التي تنهض بها مسؤولية المقاول وفقاً لأحكام الضمان السنوي. وذلك أنه يشترط للعيوب الأولى أن تكون خطيرة بحيث تهدد سلامة ومتانة البناء كما جاء ذلك بنص المادة ٨٧٠ مدني عراقي وكذلك المادة ٦٥١ مدني مصري، لكنها لا يشترط أن تكون خطيرة لقيام مسؤولية

---

1 -Meysson (p): "La vente d'immeuble a batir" Rev. d'econ. Et dr. imm. 1967. p. 136 ets.

مشار اليه في د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

٢ - جاء في نص المادة ١٦٤٢-١ المعدلة بالقانون ٦٧-٥٤٧ في ٧ يوليو/ تموز ١٩٦٧ ما يلي: "لا يعفى بائع المبنى، سواء قبل قبول العمل الجاري بنائه، أو قبل إنتهاء فترة الشهر من نقل ملكيته الى المشتري، من عيوب البناء المرخص حينها. ولا محل هنا للتخلص من بنود العقد او تقليل السعر لو كان البائع قد ألزم نفسه بإصلاح العيب".

المقاول وفقاً لأحكام الضمان السنوي. فلم يحدد نص المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي ولا المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية ولا المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، نوع العيوب التي تترتب عليها مسؤولية المقاول، بل تركت الموضوع دون تحديد مما يشير الى أن هذه الضمان يشمل جميع أنواع العيوب، كعيوب البياض أو المحارة (اللبخ) أو الزخرفة، أو البلاط أو الدهان أو التكحيل (الدرز) وغير ذلك من عيوب البناء التي لا تهدد سلامة ومتانة المبنى.

أما في قوانين الدول الأنجلوسكسونية كالولايات المتحدة وبريطانيا، فان مفهوم العيب يغطي كل أشكال الأضرار في البناء بما في ذلك حالة التهدم الكلي أو الجزئي، أو حالة عيوب الزخرفة أو الديكور. ويتفق الفقه والقضاء فيها على إعتبار المقاول مسؤولا عن إصلاحها خلال فترة الصيانة المحددة بموجب العقد، عدا ما يرجع منها لسبب أجنبي[1].

وقد إستقر الفقه والقضاء في مصر والعراق على ضرورة أن يكون العيب خفياً كشرط لتحقق مسؤولية المقاول[2]. فإذا تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما، فان هذا التسلم يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول التسليم أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من

---

1 -Emden & Gill's, Building contracts & Practice, London, 1969, p. 258.

٢- د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٤، ود. سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٤، ومحمد جابر الدوري المرجع السابق، ص ١٦٥، وأنظر بهذا الشأن أيضا حكم محكمة تمييز العراق رقم ٢١٢٣/ حقوقية/ ١٩٥٦ في ١٩٥٦/١٢/١٥، منشور في مجلة القضاء- السنة ١٥، العدد الثالث، يونيو- حزيران ١٩٥٧، ص ، ٤٢٥، وجاء فيه: "إن العيوب التي إدعى بها المدعي، بأجمعها عيوب ظاهرة، يمكن ملاحظتها والوقوف عليها حالا من قبل الشخص الإعتيادي، فكان على المدعي أن يدعي بها قبل الإستلام ويكون بإستلامه الدار مع العيوب المذكورة قد أسقط حق المطالبة بشيء بسببها". وأنظر أيضا نقض مصري جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣، س ٢١، ص ١٠٦٨، حيث جاء فيه: "أن الضمان يتحقق بمجرد حدوث التهدم الكلي او الجزئي او ظهور عيب به يترتب عليه تهديد متانته وسلامته، ولا يستطيع المقاول التخلص من الضمان الا بإثبات السبب الاجنبي".

العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه له، فان التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول عنه. ويعلل الفقه ذلك- ونؤيدهم فيه- بأن قبول رب العمل بالبناء على حالته، يعد تنازلا منه عن حقه في المطالبة بالضمان عن هذه العيوب،[1] كما إن إخضاع العيوب الظاهرة للضمان من شأنه أن يجرد التسليم من جوهره وأثره الاساس وهو الإعفاء من العيوب الظاهرة. وقد نصت المادة ٨٧٥ مدني عراقي على الآتي:

"١- متى تم تسلم العمل فعلا أو حكما إرتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الإتفاق. ٢- أما اذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك، وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها وإلا إعتبر أنه قد قبل العمل".

ولم يشترط القانون المدني المصري والفرنسي، أن يكون العيب خفيا لقيام مسؤولية المقاول، فسواء قَبِلَ رب العمل بالبناء أو تحفظ، فان المقاول ملزم بالتعويض اذا ما حدث تهدم أو تعيب فيه، شريطة عدم وجود السبب الاجني. لكن الفقه[2] والقضاء المصري[3] - ونؤيدهم في ذلك- قد إستقرا على تطلب توافر شرط الخفاء في العيب لترتب المسؤولية على عاتق المقاول.

وهناك رأي آخر[4] يقول بمسؤولية المقاول عن العيوب الظاهرة والخفية معاً إستنادا الى نص القانون الذي لم يحدد نوع العيوب. ويوردون عددا من الحجج الداعمة لرأيهم منها:

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١١٧.

٢ - المرجع السابق، ص ١١٧.

٣- فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "...ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب المدعى به في البناء خللا في متانته وأن يكون خفيا بحيث لم يستطع صاحب البناء كشفه وقت التسلم، أما ما كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل عنه المقاول ما دام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له..". مدني مصري ٩ يونيو ١٩٥٥، مجموعة النقض المدني، ٦-١٦٥-١٢٣٥.

4 -Bricmont (G) La resposibilite de constructeur, L. G. D. J. 1965, p. 125.

١. إن أحكام ضمان المقاول من النظام العام، لهذا لا يعفي قبول رب العمل بالعقار المشيد رغم علمه بالعيوب الظاهرة، المقاول من ضمان هذه العيوب.

٢. إذا كان العيب ظاهراً لرب العمل، فانه من باب أولى يكون ظاهراً للمقاول لأنه أكثر خبرة، لهذا لا يجوز له ان يتحصن وراء ظهور العيوب كي يفلت من أحكام الضمان.

وكما في حالة التهدم، ترجع أسباب تعيب البناء الى ثلاثة أسباب: إما عيوب الارض أو عيوب التصميم أو عيوب التنفيذ. فمن حيث الأصل يعتبر المهندس هو المسؤول عن فحص تربة الارض المراد إقامة البناء عليها، لذلك يكون هو المسؤول عن عيوب الارض حتى لو كان المقاول مكلفا بمهمة جس التربة وفحصها[١] الا اذا كان المقاول هو نفسه المكلف بفحص التربة، أو كانت عيوب الارض من العيوب غير المتوقعة وكان من المستحيل على أي مهندس كشفها بأتباع القواعد الفنية التي يتبعها المهندس الحريص، هنا يكون العيب بمثابة قوة قاهرة[٢]. أما بالنسبة الى عيوب التصميم، فمن حيث الأصل أيضا يعتبر المهندس هو المسؤول عن عيوب التصميم، الا اذا كان المقاول هو نفسه المصمم، حيث لا يوجد ما يمنع ان يقوم الاخير بوضع التصميم، وفي هذه الحالة يكون مسؤولا عن أي عيوب تظهر فيه ويجب عليه الضمان[٣].

لكن أحكام الضمان السنوي رتبت على المقاول مسؤولية جميع العيوب مهما كانت أسبابها، حتى لو جاءت بفعل خطأ المهندس في فحص التربة أو في وضع التصميم. فقد نصت المادة ١٧٩٢-٦ على أن يلتزم المقاول في أثناء سنة من وقت التقبل بإصلاح كل خلل أشار اليه صاحب العمل. وهذا يعني

١ – د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٤٩.

٢– د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٧، وكذلك السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١١٤.

٣– د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٠.

أنه مسؤول وحده بمواجهة رب العمل عن كل عيب أو خلل يظهر في البناء. وبالمقابل يستطيع المقاول أن يرجع على المهندس وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لعدم وجود علاقة تعاقدية بين الإثنين. ويرى الباحث أن هذا الحكم يحمل المقاول مسؤولية أخطاء غيره، والأجدر هو رجوع رب العمل على المهندس لا على المقاول إذا كان العيب ناشئا من خطأ المهندس.

أما المادة ٥٠-٢-ب من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية فقد نصت على الآتي:

"على المقاول أن يقوم بجميع أعمال الصيانة المنصوص عليها في الفقرة ٢-أ من هذه المادة على حسابه الخاص إذا رأى المهندس أن هذه الأعمال كانت نتيجة إستعمال مواد أو مهارة عمل لا تتفق وأحكام المقاولة أو نتيجة إهمال المقاول أو عجزه عن مراعاة أية إلتزامات منصوص عليها صراحة أو ضمناً في المقاولة. أما إذا رأى المهندس أن هذه الأعمال نشأت عن اية أسباب أخرى فان قيمتها يجب دفعها على أساس أنها أعمال إضافية بعد التحقق منها".

وهذا يعني أن المقاول مسؤول عن العيوب التي تظهر في البناء اذا كانت راجعة للأسباب التالية:

١. إستعماله مواد رديئة الصنع.

٢. أستخدامه مهارة عمل غير كفوءة.

٣. إهمال المقاول أو عجزه عن مراعاة إلتزاماته بموجب عقد المقاولة.

فإذا رأى المهندس المشرف على العمل أن العيوب راجعة لأسباب أخرى غير تلك، فتعالج هذه العيوب وتجري عليها الإصلاحات على نفقة رب العمل. لذلك نفترض أنه إذا كانت العيوب راجعة الى خطأ في التصميم أو عيب في الأرض، فلا يسأل عنها المقاول وفقاً لشروط المقاولة العراقية. ومن وجهة نظرنا أنه يفترض أن يحدد الطرف الذي تقع عليه مسؤولية

الأخطاء المتعلقة بالتصميم أو بعيب في التربة، كي يحقق النص الحماية المطلوبة لرب العمل، خاصة وإن هذه الشروط تسري على عقود الأشغال العامة فقط، والتي يفترض فيها أقصى قدر من الحماية لصاحب العمل، كون هذه الأشغال تتعلق بمنشآت للنفع العام.

أما المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية المصرية فقد سارت بنفس إتجاه القانون الفرنسي، فلم تنظر الى أسباب العيب بل رتبت المسؤولية بموجب هذا الضمان على المقاول وحده حتى لو كان ذلك راجعا الى عيب في الأرض أو خطأ في التصميم.

أما بالنسبة لعيوب التنفيذ، فهي إما أن تكون بسبب المواد المستخدمة أو بسبب عيب في الصنعة. فإذا كان المقاول هو الذي قام بتجهيز هذه المواد المعيبة، فحينئذ لا تثور أي مشكلة لأنه سيضمن هذه العيوب ويكون مسؤولا عنها في مواجهة رب العمل[1]. كذلك بالنسبة لعيوب الصنعة، كحصول ميلان بالجدران أو كونها ليست بالسمك الكافي او كون السور واطئا، فكلها يضمنها المقاول لكونها تدخل في صميم مهنته، لكن المشكلة تثور فيما لو قام رب العمل نفسه بتجهيز هذه المواد المعيبة، فهل سيضمنها المقاول؟

تنص المادة ٨٦٧-١ مدني عراقي على الاتي:

"اذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعي اصول الفن في إستعماله..".

وبمثل ذلك جاء نص المادة ٦٤٩ مدني مصر. فمراعاة أصول الفن تتطلب من المقاول أن يخطر رب العمل بالمخاطر التي تحيط بالمواد التي جهزها الاخير ويطلب منه إستبدالها بأخرى صالحة. فيتعين على المقاول لكي يبرأ من المسؤولية إذا ما إكتشف عيوبا بالمواد المقدمة من رب العمل تجعلها غير

---

١ – د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٦.

صالحة للاغراض المخصصة لها، أن يبلغ رب العمل بهذه العيوب، وإلا فانه يكون مسؤولا عن كل ما يترتب على إهماله في الإبلاغ من نتائج، ما لم يكن من غير المستطاع له ولمن يمثله إكتشاف هذا العيب[1]. فإذا أصر رب العمل على موقفه من ضرورة إستخدام المواد التي وردها بنفسه فانه يتعين على المقاول أن يرفض إستعمال هذه المواد السيئة النوعية، ولا تنعقد مسؤولية هذا الاخير من جراء هذا الرفض المشروع[2].

وجاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الآتي: "إن عيب مواد البناء المقدمة من رب العمل لا يشكل في حد ذاته سببا أجنبيا للإستبعاد من المسؤولية بالنسبة للمعماريين حتى ولو لم يكن العيب واضحا جلياً وقت التنفيذ"[3].

مما تقدم، نخلص الى القول أنه لا يستطيع المقاول التمسك بعيوب مواد البناء المجهزة من رب العمل، ليتخلص من مسؤوليته بموجب ضمان تمام الإنجاز، حتى لو لم يكن العيب واضحاً جلياً عند التنفيذ.

---

١ ـ المرجع السابق، ص ٩٢.

٢ – د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ١٣٨.

3 –Cass. Civ. 7/3/1990, Bull. Civ. 1990. III, n° 69, p. 37

الفرع الثالث

المساس بمتانة عنصر تجهيزي غير قابل للإنفصال

أدخل المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٢ حالة ثالثة تنهض بها مسؤولية المقاول وفقاً لأحكام الضمان العشري وهي المساس بمتانة عنصر تجهيزي غير قابل للإنفصال. وقد سبق إن بينا أن مسؤولية المقاول وفقاً لأحكام ضمان تمام الإنجاز تنهض عند تحقق أي من الأضرار التي يغطيها الضمان العشري أو ضمان كفاءة الأداء. وتأتي هذه الحالة ضمن الحالات التي تنهض بها مسؤولية المقاول على وفق الضمان العشري، وبالتالي فانها ترتب أيضا مسؤولية المقاول وفقاً لضمان تمام الإنجاز.

عرفت المادة ١٧٩٢-٢ مدني فرنسي عنصر التجهيز غير القابل للإنفصال بأنه:

"يعتبر عنصر التجهيز مكونا جسما غير قابل للإنفصال مع الاعمال المذكورة بالفقرة الاولى من ذات المادة، عندما لا يمكن أن يتم فصله عنه، أو إستبداله بغيره، دون أن يلحق ذلك العمل تلف أو رفع بعض من مادته".

وجاء أيضا بنص الفقرة الثانية من نفس المادة ما يلي:

"إن قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ تشمل أيضا الأضرار التي تؤثر على متانة العناصر التجهيزية الداخلة في البناء، إذا كانت هذه العناصر تشكل جسماً غير قابل للإنفصال، مع أعمال المنافع العامة للمبنى، أو مع الأعمال المتعلقة بتاسيسه، أو بهيكله، أو بأسواره، أو بمظلاته، إذا كان لا يمكن تركيبه أو رفعه أو إستبداله بدون تهدم أو تلف أو رفع مواد من هذا العمل".

من النص المتقدم يتضح أن المشرع الفرنسي قد أدخل أضراراً لا تهدد سلامة البناء في نطاق ضمان المقاول. فالأضرار المنصوص عليها في هذه المادة

ليس من شأنها تهديد متانة وسلامة البناء بل يقتصر أثرها على المساس بأحد العناصر التجهيزية فقط[1].

ويشترط لتطبيق نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي ثلاثة شروط[2] هي:

١- أن يكون العمل المشيد نفسه بناءً بالمفهوم الضيق للكلمة، أي من المنشآت الثابتة التي هي من صنع الإنسان. ويرى بعض الشراح أنه يترتب على ذلك عدم إنطباق النص على غير المباني من المنشآت الثابتة الاخرى كالجسور والانفاق والطرق والسدود والخزانات وغير ذلك من المنشآت بالمفهوم الواسع[3]. ومن وجهة نظرنا أن الأحرى هو مد نطاق الضمان ليشمل المنشآت الأخرى من غير المباني كونها منشآت عامة تخدم مجموع الناس وليس فئة محدودة منهم.

٢- أن يشكل العنصر التجهيزي الذي وقع عليه الضرر جسماً غير قابل للإنفصال عن المبنى، وفكرة عدم القابلية على الإنفصال تتوافر كلما إستحال تركيب العنصر أو رفعه أو إستبداله دون تهدم أو تلف. فالعبرة بمدى إتصال العنصر المعيب بالمبنى، وليس بأهمية هذا العنصر التجهيزي بالنسبة لتحقيق الغرض الذي شيد من أجله البناء. ويستتبع ذلك أن العنصر التجهيزي يمكن أن يخضع للضمان العشري أو ضمان كفاءة الأداء أو الضمان السنوي. ومن أمثلة ذلك المصعد الكهربائي وأجهزة التكييف والأجهزة الكهربائية الأخرى التي تتم بمعرفة المقاول في بعض الأبنية المعدة للسكنى. وكذلك شبكات توصيل المياه والغاز والكهرباء. ومن الممكن تصنيفها بأنها قابلة أو غير قابلة للإنفصال حسب طريقة تركيبها في البناء.

١- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

٢ - د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٢٥، وكذلك د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

٣- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

٣- أن يكون الضرر الذي أصاب العنصر التجهيزي على قدر من الخطورة، فيؤثر على متانة العنصر التجهيزي، وليس بالضرورة أن يكون له أثر على المبنى كله.

ولم يفرق القانون بين العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال أو غير القابلة بشأن شمولها بأحكام ضمان تمام الإنجاز، لأن المشرع قد أراد أن يشمل بهذا الضمان جميع العيوب والخلال التي قد تظهر في البناء أو المنشأ الثابت سواء كانت تمس العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال أو غير القابلة للإنفصال.

ويرى الباحث أن إستخدام عبارة (تجهيزي أو d' equipmet) في إصطلاح العناصر التجهيزية القابلة أو غير القابلة للإنفصال الوارد في نص المادة ١٧٩٢-٣، زائدة، ويمكن الأشارة الى هذا المعنى بأصطلاح العناصر القابلة للإنفصال أو غير القابلة للإنفصال دون أن يتغير المعنى.

ولم ترد حالة المساس بعنصر تجهيزي في القانون المدني العراقي ولا في شروط المقاولة، لا في أحكام الضمان العشري ولا في أحكام الإلتزام بالصيانة، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري. لكن هذه الحالة تدخل في نطاق الضمان السنوي، طالما تتضمن خللا أو عيبا في البناء المتعاقد عليه.

الفرع الرابع

عدم صلاحية العمل للغرض الذي أنشيء من أجله

نصت المادة ١٧٩٢-٦ على أن يلتزم المقاول في خلال سنة من وقت التقبل بإصلاح كل خلل أشار اليه رب العمل. فلم يحدد القانون نوع هذا الخلل. وجاء بنص المادة ١٧٩٢ في صيغتها المعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ على إن الضرر يعتبر خطيراً ومن ثم يجوز تغطيته بالضمان، اذا أصاب العمل في "أحد عناصره التأسيسية أو التجهيزية، متى ترتب على هذا الضرر أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شُيِّد من أجله". إذن تعتبر هذه الحالة وهي عدم صلاحية العمل للغرض الذي شُيد من أجله، إحدى الحالات التي تقوم بها مسؤولية المقاول، بموجب الضمان العشري وبنفس الوقت بموجب ضمان تمام الإنجاز.

لم يضع المشرع الفرنسي تعريفا للغرض الذي شيد البناء من أجله، ولم يهتم القضاء الفرنسي أيضا بذلك. لكن الفقه المصري[1] أشار الى وجوب التفرقة بين نوعين من المباني بشأن تحديد الغرض المخصص له المبنى:

١- المباني الخاضعة لضرورة الحصول على ترخيص مسبق من الجهة الإدارية المختصة قبل تشييدها. فيمكن الإستناد الى نوع الغرض المحدد في هذا الترخيص.

٢- المباني التي لم يصدر بشأنها ترخيص مسبق، فان المدعي بالضمان هو الذي يتعين عليه ان يقيم الدليل على نوع الغرض المتفق عليه مع المقاول قبل اقامة البناء.

ويرى الباحث ان تحديد صلاحية أو عدم صلاحية البناء للغرض الذي شيد من أجله هو أمر خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الا فيما يتعلق بالقصور في التسبيب. فهذه القضية تتحدد بمعيار شخصي يختلف من

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

قضية لأخرى ومن مقاولة لأخرى، وذلك لأن الأغراض من المنشآت تختلف تبعا لنوع المنشأة، والهدف من إنشائها، وتختلف أيضا تبعا للأشخاص، والظروف الجوية السائدة[1].

ويأتي نص هذه المادة توسعا في نطاق الضمان العشري للمقاول في القانون المدني الفرنسي، والتي لم يرد نص مماثل لها في القانون المدني العراقي أو المصري. وقد كان الفقه الفرنسي[2] ينادي بتوسيع نطاق مسؤولية المقاول لتدعيم الحماية القانونية لرب العمل ضد الخطأ والإهمال الذي قد يرتكبه الأول. وسار القضاء على هذا النهج. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق أحكام الضمان العشري على الضرر المتمثل في خلل بمدخنة عقار أدى الى تسرب الدخان الى داخل الشقة السكنية الكائنة في ذات العقار على الرغم من عدم وجود علاقة على الاطلاق بين الخلل المدعى به وبين متانة البناء وسلامته. وأسست المحكمة حكمها على إن مثل هذا التسرب للدخان داخل المساكن من شأنه الأضرار المستمر بصحة السكان، ومن ثم فانه يجعل العمارة السكنية غير صالحة لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله[3].

وكما يمتد الضمان العشري ليشمل حالة عدم صلاحية البناء للغرض المشيد من أجله، كذلك يمتد ضمان تمام الإنجاز بنفس الوقت ليشمل نفس هذه الحالة، وذلك بموجب نص المادة ١٧٩٢-٦ التي جمعت كل أشكال الخلل والعيوب التي تصيب البناء ومنها هذه الحالة.

ويأتي من قبيل الأضرار التي تؤثر في الغرض الذي شيد البناء من أجله، مد أسلاك الكهرباء بطريقة خطرة أو عدم دخول الضوء للمبنى أو الإفتقار

١- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٣٠ وكذلك د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

2 -Soinne (B), op. cit. n° 14. p. 488 ets. Delebecque (ph) et Dutulleul, op. cit. n° 759, p. 639, Karila (J.P). op. cit. les responsabilite des constructeurs, 1981 p. 34, Raffi ®. Op. cit. p. 388

مشار اليه في د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

٣- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٥١.

لفتحات التهوية، أو الأدخنة الصادرة من المداخن وأجهزة التسخين والتدفئة[1].

وإذا كان القانون المدني العراقي لم ينص على مثل هذا الحالة في أحكام الضمان العشري، إلا إن المادة ٤٩-١ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية قد أشارت اليها عندما نصت على الآتي:

"حالما يكون في رأي المهندس أن الأعمال الدائمة قد أكملت بصورة أساسية (أي أكملت بالدرجة التي يمكن معها الإستفادة منها للغرض الذي أنشئت من أجله) وإنها إجتازت بنجاح أي فحص نهائي قد تنص عليه المقاولة، فعلى المهندس عند تسلمه تعهدا تحريريا من المقاول بإكمال أي عمل خلال مدة الصيانة، وبالصورة التي يقررها المهندس، إصدار شهادة الإستلام للأعمال متضمنة تاريخ إكمال الأعمال وبدء مدة الصيانة...".

ومن نص هذه المادة يتضح أن عدم صلاحية الأعمال للغرض الذي أنشئت من أجله، إنما يعتبر عيبا وخللا تنهض فيه مسؤولية المقاول بموجب أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة. ويحدد المهندس الذي ينوب عن رب العمل مسألة صلاحية أو عدم صلاحية البناء للغرض المشيد من أجله. بينما ترك القانون المدني العراقي هذه الحالة للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، إلا اذا ترتب عليها تهديداً لسلامة ومتانة البناء.

ويرى الباحث إنه ينبغي وضع أحكام عامة لضمان الإلتزام بالصيانة لتجعله يغطي جميع الأضرار التي تؤثر على الغرض المشيّد من أجله البناء تماشياً مع التطورات الحديثة في مجال البناء ولتوفير الحماية القانونية لرب العمل.

---

١ - أنظر بهذا الشأن د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٨٢٠.

الفرع الخامس

عيوب عنصر تجهيزي قابل للإنفصال

سبق إن بينا أن المشرع الفرنسي قد وضع أحكام ضمان تمام الإنجاز ليغطي فيه جميع العيوب والخلال التي تظهر في البناء سواء كانت تخضع لأحكام الضمان العشري أو لضمان كفاءة الاداء أو لا تخضع لأي من هذين الضمانين. يغطي ضمان كفاءة الاداء الوارد في المادة ١٧٩٢-٣ مدني فرنسي حالة الأضرار الناجمة من عيوب العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال. فبعد إن أدخل المشرع الفرنسي عناصر التجهيز غير القابلة للإنفصال في أحكام الضمان العشري في المادة ١٧٩٢-٢، جاء في المادة ١٧٩٢-٣ لينص على أن:

"تخضع باقي عناصر تجهيز العمل لضمان كفاءة الاداء لفترة لا تقل عن سنتين من تاريخ التقبل (المرسوم رقم ٢٠٠٥-٦٥٨ في ٨ حزيران يونيو ٢٠٠٥)".

وبذلك فان الاعمال التي تشكل محلاً لضمان كفاءة الاداء وبنفس الوقت لضمان تمام الإنجاز هي عناصر التجهيز التي تشكل مع الاعمال المذكورة بالمادة ١٧٩٢-٢ جسما قابلاً للإنفصال، أي أجزاء من البناء يمكن فصلها أو نقلها أو إستبدالها بغيرها دون أن يصاب العمل الذي كانت تتصل به بضرر أو تلف أو رفع جزء من مادته التكوينية[1]. لذا فان أهم ما يدخل في نطاق هذه العيوب هي أعطال الأجهزة والأدوات الميكانيكية والكهربائية كالمصاعد وأجهزة التسخين والتدفئة والتهوية التي تلحق بالعقار المشيد، وكذلك الأبواب والشبابيك بشرط أن يتم تركيبها بحيث يمكن فصلها ونقلها منه دون إلحاق أي ضرر أو تلف بالعقار[2]. فمن الشروط الواجب توافرها

١- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤١٨.

٢ - المرجع نفسه، ص ٤١٩.

في هذه العناصر لتكون محلا صالحا لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء وضمان تمام الإنجاز بنفس الوقت ما يلي:

١- أن يكون هذا العنصر من قبيل المعدات، أي التي صنعت وصممت مسبقا لتوضع في المباني لتأدية أغراض معينة، كأجهزة التكييف والمراوح والمصابيح وغير ذلك مما يقتصر دور المقاول على تركيبها في البناء فقط بالحالة التي هي عليها.

٢- أن تكون هذه العناصر قابلة للإنفصال عن جسم البناء دون تلف أو ضرر.

٣- أن يكون هذا العنصر داخلاً ومركباً في مبنى، ومعنى ذلك أن ضمان عيوب العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال يقتصر على المباني فحسب دون أن يمتد الى غيره من المنشآت الأخرى كالملاعب الرياضية والطرق والجسور والشوارع[1]. ومن وجهة نظرنا أن هذه المنشآت هي أولى بشمولها بأحكام الضمان من المباني، وذلك لكونها منشآت عامة تخدم مجموع الناس وليس شخصا واحداً أو مجموعة محدودة من الأشخاص.

ويشترط هنا لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز أن يكون العيب خفيا، أو ظاهرا ولكن تحفظ رب العمل بشأنه في محضر التسلم.

ورغم أن القانون المدني العراقي لم يشر الى حالة العيوب أو الأضرار التي تمس العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال عن البناء، بينما أشارت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية الى العيوب بشكل عام دون حصرها بالعناصر القابلة أو غير القابلة للإنفصال، يرى الباحث أن القضاء العراقي قد أقام مسؤولية المقاول على هذه الصورة من العيوب. فقد قضت إحدى المحاكم العراقية بما يلي:

١- المرجع نفسه، ص ٤٢٠.

"... إن من جملة ما جرى تسليمه للمدعى عليه (رب العمل) هو المراوح السقفية التي أقامها المدعي (المقاول) في تلك المنشآت. لذلك فان دفع المدعى عليه (رب العمل) بأن هذه المراوح جاءت مخالفة للمواصفات التي نص عليها العقد ومطالبته بأبدالها ضمن مدة الصيانة لأنها من العيوب الخفية، يكون في غير محله، وذلك: أولا- لأن أعمال الصيانة إنما ترد على ما يحصل في البناء من عيوب أو مخالفات ظاهرة أو خفية يقتضي إصلاحها من قبل المقاول خلال فترة الصيانة. ثانيا- لأن العيوب (المشمولة بالضمان) هي التي لا يمكن الكشف عنها بالفحص المعتاد الجاري عرفا. أما وإن المراوح التي تسلمها المدعى عليه من المنشآت جاءت مخالفة للأوصاف التي نص عليها العقد فلا يمكن التمسك به قبل المقاول بخفاء العيب فيها، ذلك لأن تبدل هذه الأوصاف لا يرقى حتى على فهم الشخص المعتاد.."[1].

لكن محكمة التمييز نقضت حكم محكمة البداءة معتبرة أن المراوح المتفق عليها مع المقاول متشابهة مع المراوح المجهزة في البناء وبذلك فان هذه الحالة تعتبر من العيوب الخفية، حيث جاء نص الحكم كما يلي: "... إن بين المراوح المتفق عليها وبين المراوح المثبتة في البناء، تشابه في الشكل وفي العلامة التجارية مما تصعب ملاحظته لأول وهلة، فيعتبر والحالة هذه من العيوب الخفية"[2].

والخلاصة، يرى الباحث ضرورة النص على العيوب التي تتعلق بالعناصر القابلة للإنفصال في البناء وإدخالها ضمن نطاق ضمان الإلتزام بالصيانة، فيما لو ضَمَّن المشرع العراقي القانون المدني بأحكام هذا الضمان، وذلك لحث المقاول على تجهيز المعدات الأفضل والإمتناع عن تركيب المعدات سيئة الصنع رخيصة الثمن.

---

١ – محكمة بداءة الحلة في حكمها الصادر في ١٩٦٧/١٠/٩ بالأضبارة البدائية المرقمة ١٧٣/ب/١٩٦٦.

٢– حكم محكمة تمييز العراق رقم ٩٥٣/ حقوقية/ هيئة عامة، في ١٩٦٩/١٠/١٨ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة في ١٩٦٩ ص ٣٦٧.

الفرع السادس

الأضرار التي لا يغطيها الضمان العشري ولا ضمان كفاءة الأداء أو ما تسمى إصطلاحا بالأضرار المتوسطة

Les dommages intermediaires

يقصد بها أنها تلك الأضرار التي تقع في منطقة وسط بين الضمان العشري وضمان كفاءة الأداء، حيث لا يغطيها الأول، لأنها لا تعرض متانة البناء للخطر، ولا يسري عليها الثاني لأنها لا تصيب العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال[١]، ومن أمثلتها بناء العقار بمستوى منخفض،[٢] والشروخ والتشبقات التي تظهر في حوائط المبنى إذا إقتصر أثرها على تشويه المظهر الخارجي والإقلال مما كان يتسم به من طابع فني وجمالي[٣]، والعيوب المتعلقة بفاعلية العزل الحراري أو العزل ضد الرطوبة[٤]. وهي عيوب موجودة في البناء وكانت خفية عند التسلم ثم ظهرت بعد ذلك، وهي عيوب فنية تتعلق بهيكل البناء، إلا أنها لا ترقى الى تهديد سلامته أو متانته أو جعله غير صالح للغرض المخصص له[٥]. وهي تتميز عن عيوب عدم المطابقة مع المواصفات العقدية في أنها لا ترتبط بالإخلال بالمواصفات العقدية، بل هي عيب مادي يلحق بهيكل البناء ويمثل إخلالا من المقاول بالأصول والقواعد التي يجب مراعاتها في فن البناء، وإن كان ذلك لا يستتبع التهدم الكلي أو الجزئي للبناء ولا يمثل تهديداً لسلامته ومتانته أو يجعله غير صالح للغرض المقرر له[٦].

---

١ - د. ياقوت، المرجع السابق، مسؤولية المعماريين، بند ١٩٤، ص ٣٠٠.

٢- د. أحمد عبدالعال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية، (بلا دار نشر). ٢٠٠٢-٢٠٠٣. ص ٢٥٨.

٣- د.محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، مسؤولية المعماريين، ص ٣٠١.

٤- د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق، الأحكام العامة، ص ٢٥٨.

٥ - د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

٦- د.أحمد عبدالعال ابو قرين، المرجع السابق، الاحكام العامة، ص ٢٦٠.

وكان نهج القضاء الفرنسي قبل سريان القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ بشأن هذه الصورة من الأضرار هو تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، في حال تخلف شروط تطبيق أحكام الضمان العشري[1] سواء ما تعلق منها بعقد المقاولة أو ما تعلق بعقد البيع. ولكن بعد صدور هذا القانون وإستحداثه لضمان تمام الإنجاز، وطبقا للصياغة المطاطة التي صيغت بها الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي، والتي قررت هذا الضمان وأوضحت عناصره، فقد أضحت هذه الخلال أو الأضرار المتوسطة تدخل ضمن نطاق التطبيق الموضوعي لأحكام هذا الضمان وأحد الشروط الموضوعية التي تنهض بها مسؤولية المقاول بموجبه، متى توافرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون[2].

أما نهج القضاء المصري، فانه لا يجيز الحكم بالتعويض عن الأضرار المتوسطة[3]، فإذا ما تأكد من عدم توافر الشرط الخاص في العيوب المدعى بها في البناء وهو أن يكون من شأن العيب أن يهدد متانة البناء وسلامته، فانه لا يتردد في رفض التعويض عنها، إحتراما لقصد المشرع الواضح من عبارة المادة ٦٥١ مدني مصري،[4] لكن المحاكم المصرية تتوسع في تفسير المقصود بعبارة أن يكون العيب مما يهدد متانة البناء وسلامته على نحو يسمح لها بالحكم بالتعويض في حالات قريبة من الأضرار المتوسطة[5].

أما نهج القضاء العراقي، فيظهر أنه يميل نحو التوسع في تفسير مفهوم العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته ليشمل بها حدوث التشققات في البناء

1 –Boubli (B), op. cit. le contrat d'entrprise, 1981, p.44.

٢– د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٥٨.

٣ – د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، مسؤولية المعماريين، ص ٣٠١.

٤ – د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

٥– نقض مدني مصري، ١٩٦٥/١/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، رقم ١٣، ص ٨١.

التي تعتبر صورة من صور الأضرار المتوسطة. فقد جاء في أحد أحكام محكمة التمييز[1] الآتي:

"لدى التدقيق والمداولة- وجد أن الحكم المميز بالنظر لما إستند اليه من أسباب موافق للقانون والإعتراضات التمييزية غير واردة، حيث أن المقاول يظل ضامنا لما يحدث في البناء الذي شيده من تهدم كلي أو جزئي مدة خمس سنوات من وقت تمام العمل وتسليمه، ويكون باطلا كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان، وذلك إستنادا للمادة ٨٧٠ من القانون المدني، ولا يؤثر إعتراف المميز عليه بإستلام الدار كاملة غير منقوصة في هذا الضمان، كما إن التصدعات والشقوق تعتبر من قبيل التهدم الجزئي، وعليه يكون الحكم المميز بما قضى به موافقاً للقانون فقرر تصديقه ورد الإعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق في ٢١/ ١٠/ ١٩٦٩".

وأزاء عدم نص القانون المدني على المسؤولية عن مثل هذه الأضرار، يرى الباحث أن هذا يمثل فجوة تشريعية ينبغي تلافيها، نظرا لما تقتضيه المصلحة العامة وقواعد العدالة من توفير الحماية اللازمة لرب العمل عن مثل هذه الخلال والعيوب.

أما المادة ٤٩ و٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، فانها كما سبق إن بينا لم تحدد على سبيل الحصر العيوب التي يشملها ضمان الإلتزام بالصيانة، لذلك فاننا نفترض أن الأضرار المتوسطة تنهض بها أيضا مسؤولية المقاول بموجب ضمان الإلتزام بالصيانة.

وبالمثل جاءت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، حيث لم تحدد صور العيوب التي يشملها ضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل، وهذا يعني أنه يشتمل على كافة العيوب التي قد تظهر في البناء بما فيها الأضرار المتوسطة ، وبذلك تنهض مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان في حال ظهور مثل هذه الصورة من الأضرار.

١- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٦٥٦/ حقوقية/ ٦٩ صادر بتأريخ ٢١/١٠/١٩٦٩، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق- المجلد السادس، ص ٣٧٣.

الفرع السابع

عيوب العزل الصوتي

كانت العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي محل خلاف في القضاء الفرنسي[1]، من حيث مدى خضوعها للمسؤولية العشرية أو السنوية للمقاول. لكن المشرع الفرنسي حسم الأمر وأدخل عيوب العزل الصوتي في نطاق ضمان تمام الإنجاز[2].

وبهذا يكون المشرع قد أخرج عيوب عزل الصوت من نطاق الضمان العشري ليدخلها في نطاق ضمان تمام الإنجاز. وأصبحت عيوب العزل الصوتي من العيوب التي تنهض بها مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان.

ويرى بعض الفقه[3] بالنسبة الى العيوب الظاهرة في مجال العزل الصوتي إن رب العمل غير ملزم بذكرها في تحفظاته بمحضر التسلم، ذلك لأن التسلم ليس له أي أثر مبريء لذمة المقاول. ويرى الباحث أن هذا الرأي لا ينسجم مع نص القانون ولا يستقيم مع قواعد العدالة. فكيف يتسنى للمقاول أن يعرف أن عمله لم يكن يلبي الإشتراطات القانونية أو اللائحية المتعلقة بالحد الأدنى من المقتضيات الواجبة في مجال عزل الصوت؟ هذا من جانب، ومن جانب آخر، لقد نص المشرع في المادة ٧ من قانون ٤ يناير ١٩٧٨ بأن تخضع الأعمال التي من شأنها أن تفي بهذه المقتضيات لضمان تمام الإنجاز المقرر بالمادة ١٧٩٢-٦ من المجموعة المدنية، وهذا يعني أن يخضع ضمان كفاءة العزل الصوتي لأحكام هذا الضمان. ومن أحكامه أن يثبت رب العمل تحفظاته في محضر التسلم عند ملاحظته لأي عيوب ظاهرة في العمل المنجز.

١- أنظر بهذا الخصوص د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٨ ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٨١٨ ، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٥١ .

٢ - أنظر نص المادة ٧ من قانون رقم ١٢ في ٤ يناير ١٩٧٨ في صفحة ١٢٨ من هذه الدراسة.

3 -Sizaire (D) et Hugot (J): le contrat de construction d'une maison individuelle ed litec, 1992, p. 145 Cass.civ. 20/12/1993, Bull civ. 1993 III, n°122.

مشار اليه في د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

ولا يتضمن القانون المدني العراقي أو المصري نصوصا تتعلق بضمان عيوب العزل الصوتي. ومن ثم لا تخضع هذه العيوب والأضرار في القانونين لأحكام الضمان العشري الا إذا ترتب عليها تهديداً لسلامة ومتانة البناء، بل تسري عليها القواعد العامة في المسؤولية العقدية، وهذا ما يؤيده أغلب الفقه المصري[1]. بينما جاءت المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية شاملة ولم تحدد صور العيوب التي يغطيها ضمان الإلتزام بالصيانة، وهذا قد يفسر على أن مسؤولية المقاول يمكن أن تنهض بموجب هذا الضمان إذا ما ظهرت عيوب العزل الصوتي. وكذلك جاءت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ خالية من النص على عيوب العزل الصوتي، لذا فاننا نفترض أن مسؤولية المقاول يمكن أن تقوم اذا ما ظهرت مثل هذه العيوب.

ويرى الباحث انه إذا ما أخذ المشرع العراقي بضمان الإلتزام بالصيانة في القانون المدني أن يجعله يشمل أضرار عيوب العزل الصوتي، وذلك ليتماشى مع التطورات الحديثة في مجال البناء ولتوفير الحماية القانونية لرب العمل.

بقي أن نشير الى أن المشرع الفرنسي لم يأت بالذكر الى موضوع ضمان عيوب العزل الحراري، لكننا نعتقد أنها تدخل في نطاق عدم صلاحية البناء للغرض المشيد من أجله وبذلك فانها تدخل في نطاق الضمان العشري وبالمثل ضمان تمام الإنجاز. أما القانون المدني العراقي أو المصري فلم يشيرا الى مثل هذه العيوب، لذلك فانها تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية. بينما يمكن أن تخضع مثل هذه العيوب لأحكام ضمان الإلتزام بالصيانة في العراق وفقاً للمادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، وفي مصر وفقاً لأحكام المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات النافذ.

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٨، ود. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٧٨، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٨١٨، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

الفرع الثامن

عدم مطابقة العمل للمواصفات

لا تدخل عيوب عدم المطابقة للمواصفات في نطاق أي من الضمانين العشري وضمان كفاءة الاداء،[1] حيث تختلف فكرة العيب في البناء عن فكرة عدم المطابقة للمواصفات المتفق عليها. فالفكرة الاخيرة تعني أن المقاول قد نفذ العمل كما تقتضي أصول الفن، لكنه لم يلتزم بالتصميمات أو الأوصاف المحددة بالعقد المبرم بينه وبين رب العمل. أما في فكرة العيب فان المقاول يحترم المواصفات المتفق عليها لكنه لم يراع أصول الفن أو إستخدم مواد رديئة أو إستخدم مواد جيدة ولكن بأستخدام معيب[2]. فهل تعتبر عدم المطابقة للمواصفات من الشروط الموضوعية التي تنهض بها مسؤولية المقاول وفقاً لأحكام ضمان الإلتزام بالصيانة؟

يرى بعض الشراح[3] أن المقاول يعتبر مسؤولا عن عدم المطابقة وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية بإعتباره مخطئا في عدم مراعاته شروط عقده، حيث يخضع إخلال المقاول بإلتزامه بالتقيد بالمواصفات الواردة في العقد للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، فالذي يدخل في إطار ضمان المقاول هو الأعمال المعيبة في عملية تشييدها، عيباً من شأنه أن يؤثر في متانتها أو سلامتها أو يجعلها غير صالحة للغرض المخصصة له. والفكرتان مختلفتان، فالعيب في البناء هو ليس عدم المطابقة للمواصفات.

واذا كان الإلتزام بتسليم المباني مطابقة للمواصفات الواردة في العقد هو إلتزام بالقيام بعمل ويخضع بطبيعته كإلتزام عقدي للقواعد العامة التي تحكم

---

١ – د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٤١.

٢ – انظر بهذا الخصوص د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، عقد المقاولة، ص ٩٧، وكذلك د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ١٨١.

٣ – د. السيد محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، ١٩٩٤، ص ١٨–١٩، ود. ابو قرين، المرجع السابق، المسؤولية العقدية، ص ١٠٣.

هذه الإلتزامات بما فيها التقادم الطويل، إلا إن القضاء الفرنسي قد أدخل العديد من التعديلات على هذا الإلتزام وأوجد نوعا من التداخل بينه وبين الضمان القانوني أو العشري، مما أدى الى تعديل العديد من أحكامه[1]. ويستقر الفقه والقضاء الفرنسي على إن المسؤولية العقدية لعدم المطابقة، تقوم جنبا الى جنب وبالتوازي مع الضمان القانوني الذي قررته المادة ١٧٩٢ من القانون المدني[2]. فلا تستبعد المسؤولية العقدية الا إذا كانت الاضرار التي لحقت البناء سببها الوحيد هو عدم التطابق مع المواصفات والشروط العقدية،[3] من ذلك ما قضي به من إعتبار ضيق مساحة السلم- بالمخالفة للمواصفات الواردة في العقد والرسومات الهندسية- مما جعل من غير الممكن نقل الاثاث الضروري للسكنى، قضي بأننا بصدد عيب خفي يخضع للضمان القانوني، لأن هذا العيب يجعل المبنى غير صالح للإستعمال المقرر له وهو السكنى[4].

وإذا كان نص المادة ١٧٩٢-٦ الخاصة بضمان تمام الإنجاز، لم يشر صراحة الى إن هذا الضمان يمتد ليشمل عدم مطابقة الاعمال للمواصفات المتفق عليها، لكن إستخدام النص في تحديده لما يدخل في إطار هذا الضمان لمفردة desordres أي الخلل إنما يقترب أكثر من معنى عدم المطابقة للمواصفات، لهذا يرى بعض الشراح أن عدم المطابقة إنما يدخل في إطار هذا الضمان طالما كانت غير ظاهرة عند تسليم الاعمال، وإلا إفترض في رب العمل أنه قد تنازل عنها[5].

وقد تناول المشرع العراقي هذه الحالة في المادة ٨٦٩ التي جاء نصها:

---

١ - د. أحمد عبدالعال ابو قرين، المرجع السابق، المسؤولية العقدية، ص ١٠٥.

٢ - المرجع نفسه، ص ١١٠.

٣- المرجع نفسه، ص ١١٩.

4 -Cass. Civ. 3e 13 Av. 1988 Dalloz IR, p. 115.

٥ - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٤.

"إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد بالعمل الى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، ويجوز فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً".

ومن هنا نلاحظ ان القانون قد أجاز لرب العمل إنذار المقاول بالإصلاح والتقيد بالتصميمات والمواصفات الواردة في العقد خلال أجل معقول. فإذا رفض المقاول، أو ترك الاجل يمضي دون ان يعالج خطأه، جاز لرب العمل طلب الفسخ والتحلل من الأجر. وفي كل الاحوال ومن نص المادة المذكورة يمكن الإستخلاص بأن عدم المطابقة للمواصفات إنما تخضع لأحكام المسؤولية العقدية وليس لأحكام الضمان العشري الوارد في القانون المدني العراقي.

أما بالنسبة الى شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، فقد نصت المادة ٥٠-٢-أ على الآتي:

"من أجل أن تكون الأعمال مطابقة من جميع النواحي لمتطلبات (عقد) المقاولة، بإستثناء الإندثار المعقول (أثناء مدة الصيانة فقط) وبحالة جيدة وكاملة تحوز رضاء المهندس، يجب على المقاول... أن يقوم بجميع التصليحات والتعديلات..".

من هذا النص يرى الباحث أن عدم مطابقة الأعمال للمواصفات الواردة في عقد المقاولة، إنما تدخل في نطاق ضمان الإلتزام بالصيانة، وتثير مسؤولية المقاول بموجب أحكام هذا الضمان. ويؤيد الباحث نهج المشرع هذا ويرى ضرورة النص صراحة بصورة لا لبس فيها على إدخال عدم المطابقة للمواصفات في أحكام هذا الضمان.

وجاء القانون المدني المصري بحكم مماثل لما قررته المادة ٨٦٩ مدني عراقي، حيث نصت المادة ٦٥٠-١ مدني مصري على الآتي:

"إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا إنقضى الأجل دون أن يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد أو أن يعهد الى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩".

وهذا يشير أيضا الى أن حالة عدم المطابقة للمواصفات إنما تخضع لأحكام المسؤولية العقدية وليس لأحكام الضمان العشري. وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ما يلي:

"ان عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما إلتزم به من مواصفات في عقد المقاولة، يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن"[١].

ولا شك إن تقرير هذا المبدأ في مجال إثبات عدم مطابقة الاعمال المنفذة مع ما هو متفق عليه، يتفق مع القواعد العامة للإثبات في مجال المسؤولية العقدية، إذ لا يجوز إثبات عكس ماهو ثابت بالكتابة الا بالكتابة وإن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة الطرق[٢].

أما المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ، فانها لم تشر كذلك الى حالة عدم المطابقة للمواصفات، لكن يفهم من نص المادة أن عدم المطابقة تدخل ضمن العيوب والخلل في البناء الذي يضمنه المقاول وفقا لضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل.

---

١ - نقض مدني مصري الطعن ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٦/١١/١٩٧٦ ص ١٧٠٧ البيانات الفنية مدني ٢٠٧١٤.

٢ - د. أحمد عبدالعال ابو قرين، المرجع السابق، المسؤولية العقدية، ص ١٠٤.

الفرع التاسع

العيوب البسيطة

إذا كان من المتفق عليه فقها وقضاءً[1] أن عيوب التشطيب البسيطة كعيوب الدهان أو البياض أو الزخرفة أو النقش أو الزجاج لا توجب الضمان العشري، لأنه ليس من شأنها تهديد متانة البناء وسلامته، كما إنها لا توجب ضمان كفاءة الأداء لأنها لا تمس عناصر تجهيزية قابلة للإنفصال عن البناء، إلا إن هذه العيوب ترتب المسؤولية على المقاول بموجب الضمان السنوي، إذا ما ذكرت بمحضر التسلم عند الإستلام، في حال كونها من العيوب الظاهرة، أو أخطر المقاول بها بإشعار كتابي إذا كانت من العيوب الخفية، وفي كلتي الحالتين يجب أن يأتي ذلك ضمن المدة المقررة قانونا لهذا الضمان وهي سنة واحدة. وعلى المقاول المعني بالأمر أن يقوم بالتنفيذ العيني لجميع هذه الأعمال في نطاق قواعد وأحكام ضمان تمام الإنجاز[2]. والسند في ذلك هو نص المادة ١٧٩٢-٦ التي لم تحدد العيوب المشمولة بأحكام هذا الضمان على سبيل الحصر. ومثلها فعلت المادة ٥٠ من شروط المقاولة العراقية والمادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ.

١- أنظر المطلب الثاني من هذا الفصل المعنون تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى صفحة ١٢٨ من هذه الدراسة.

٢- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٥٥.

المطلب الرابع

ظهور أو خفاء العيب

نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي على الآتي:

يمتد ضمان تمام الإنجاز الذي يلتزم به المقاول في أثناء سنة من وقت التقبل، إلى إصلاح كل خلل أشار إليه صاحب العمل، سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التقبل، أو بإخطار كتابي بالنسبة للعيوب الأخرى التي لم يتم إكتشافها إلا بعد التقبل".

والعيب هو الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والتي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن خلوها منه[١]. ويتضح من النص السابق أن العيوب التي يشملها ضمان تمام الإنجاز من حيث الظهور والخفاء هي على نوعين، سنتناولهما في الفرعين التاليين:

١- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، بند ٣٩، ص ١٤٧.

الفرع الأول

العيوب الظاهرة أو المعلومة من رب العمل

وهي العيوب التي يستطيع صاحب العمل "العادي الحرص"[1] إكتشافها بالفحص المعتاد عند التسلم. ويقصد بالفحص المعتاد فحص الشيء بعناية الرجل العادي[2]. فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد، وتسلم رب العمل البناء أو المنشأ الثابت دون إعتراض، يعتبر ذلك نزولا منه عن الضمان، بشرط أن يكون التسليم نهائيا[3]. أما التسليم المؤقت فلا يمنع رب العمل من الرجوع بالضمان على المقاول[4]. بل إن تسلم الأعمال دون إعتراض يفرض أن العمل خال من العيوب الظاهرة، ما لم يكن هناك غش[5]. وكالعيب الظاهر، العيب المعلوم من رب العمل، فإذا تسلم الأخير العمل وهو عالم بالعيب، لا يجوز له بعد ذلك أن يرجع بالضمان على المقاول. أما إذا إستطاع صاحب البناء إكتشاف العيب وأبدى تحفظه في محضر التقبل، فتقبل دعوى الضمان. وإذا لم يبد تحفظه رغم وجود العيب الذي يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فلا تقبل دعوى الضمان. فإذا كان العيب ظاهراً أو كان رب العمل على علم به وبالرغم من ذلك قام بإستلام البناء دون تحفظ، فان ذلك يؤدي الى سقوط حقه في الضمان[6]. وإذا كان العيب من الظهور بحيث يستطيع رب العمل كشفه ببذل عناية الرجل المعتاد في فحص البناء، فان مجرد تسلمه للعمل دون إعتراض عليه، يعتبر إسقاطاً منه لحقه في

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٤١.

٢ - أنظر المادة ٤٤٧ – ٢ مدني مصري والتي تقابل المادة ٥٦٠ مدني عراقي وتنص على الآتي: "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع او كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي الا اذا اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه".

٣- محمد عبدالرحيم عنبر، المصدر السابق، ص ١٧٦.

٤ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٠٨، ص ١٢٨.

٥- د. السنهوري، المرجع السابق، ج ٧، ص ١١٥، هامش ٣.

٦- د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق، الاحكام العامة لعقد المقاولة، ص ١٠٥.

الرجوع بشأنه على المقاول، لأن التسلم دون إعتراض يعني القبول، والقبول يفيد موافقة رب العمل على البناء بحالته التي هو عليها عند التسلم، ولأن العيب الظاهر يكون موجوداً وقت التسلم، وتسلم العمل دون إعتراض، فان رب العمل يكون قد قبل هذا العيب ونزل عن ضمانه[1]. وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني عراقي حيث جاء فيها الآتي:

"متى ما تم تسلم العمل فعلاً أو حكماً إرتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الإتفاق".

وقد إستقر قضاء محكمة التمييز العراقية على ذلك، فقد جاء في أحد أحكامها الآتي:

"إن العيوب التي إدعى بها المدعي بأجمعها عيوب ظاهرة يمكن ملاحظتها والوقوف عليها حالا من قبل الشخص الإعتيادي، فكان على المدعي أن يدعي بها قبل الإستلام ويكون بإستلامه الدار مع العيوب المذكورة قد أسقط حق مطالبة المقاول بشيء بسببها.."[2].

وإعتبرت في حكم آخر لها إشغال رب العمل للبناء مدة طويلة كافيا لعلمه بحالة البناء وصلاحيته للغرض الذي أنشيء من أجله، مما يعد ذلك منه تسلما ترتفع فيه مسؤولية المقاول عن العيوب الظاهرة. فقد جاء في هذا الحكم ما يلي:

"ولما كان إشغال كلية الزراعة للمبنى منذ سنة ١٩٥٧ يفيد علم المميزين بأتمام البناء، كما يفيد بأن المبنى صالح لتحقيق الغرض الذي أعد له، وإن تحقيقه لهذا الغرض قد جعل المبنى تحت تصرف رب العمل منذ أمد طويل فانه يعد تسليما ترتفع به مسؤولية المقاول عن العيوب الظاهرة"[3].

---

١ – محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٦٥.

٢– حكم محكمة تمييز العراق رقم ٢١٢٣/ حقوقية/ ٩٥٦ صادر بتأريخ ١٩٥٦/١٢/١٥، منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث، مايس، حزيران– ١٩٥٧، السنة الخامسة عشرة، ص ٤٢٥.

٣– حكم محكمة التمييز رقم ١٦٢/ حقوقية/ ١٦٥، منشور في مجلة القضاء، السنة الخامسة والعشرون، العدد الأول، آذار، ١٩٦٦، ص ٥٨.

كما إستقر أيضا قضاء محكمة النقض المصرية على نفس المسلك[1]. فقد قضت بأحد أحكامها ما يلي:

"...أما ما كان ظاهراً ومعروفاً (من العيوب)، فلا يُسأل عنه المقاول، ما دام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحق له"[2].

وبهذا المعنى فانه إذا كان العيب ظاهراً وتحفظ رب العمل بحقه في إصلاحه عند إعداد محضر التسلم، فان دعوى الضمان تكون مقبولة ويكون المقاول مسؤولا بموجب هذا الضمان عن إصلاح العيوب الظاهرة التي جرى التحفظ عليها. ويعلل الفقه والقضاء المصريان إجماعهما هذا بأن رب العمل وقد قبل العمل وأقره دون إبداء أي تحفظ من جانبه، رغم علمه بالعيوب التي تشوبه، فانه يعتبر بذلك متنازلا عن حقه في المطالبة بالضمان عن هذه العيوب، مما يبريء ساحة المقاول من هذا الضمان[3].

١- د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع نفسه، ص ١١٥.

٢- نقض مدني مصري ١٩٣٩/١/٥ مجموعة عمر ج٢، ص ٤٥٢، رقم ١٥٤.

٣- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٨٣٧.

الفرع الثاني

العيوب الخفية

يقصد بالعيوب الخفية هي تلك العيوب التي لا يمكن لرب العمل إكتشافها عند الإستلام[1]. أو هي كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت الآخر، تقتضي فطرته السليمة نقاءه منه، ويكون غير مدرك عادة لرب العمل عند التسلم[2]. أو هو كل خلل يصيب المبنى أو المنشأ الثابت الآخر، يترتب عليه نقص في قيمة هذا الأخير أو نفعه أو جعله غير صالح للإستعمال بحسب الغرض المخصص له الذي تقتضيه أصول الصنعة وقواعد الفن المعماري في هذا الشأن، ويكون غير معلوم عادة لرب العمل عند التسلم"[3]. وعرفه القضاء الفرنسي بأنه ما لا يمكن كشفه عن طريق فحصه بواسطة شخص فني متوسط يفترض فيه العلم العام في نطاق البناء[4].

من التعاريف المتقدمة، يمكن إستخلاص عناصر العيب الخفي لكي يكون معتدا به لتطبيق أحكام الضمان السنوي. وتتلخص هذه العناصر بما يلي:

أ- لوقت الذي يعتد فيه بخفاء العيب هو الوقت الذي يتم فيه التسلم النهائي، لأنه هو الوقت الذي يكون فيه العمل قد تم إنجازه ووضع تحت تصرف رب العمل لتسلمه بعد أن يقوم بالكشف عليه ومعاينته وفحصه لأحتمال وجود عيب ظاهر أو عيب خفي[5]. ولا يشترط أن يكون العيب الخفي قديما، أي أن يكون موجوداً قبل التسليم. فسواء كان موجوداً قبل

١- د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق، ص ١٠٥.

٢- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، بند ٣٩، ص ٩٧.

٣- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

4 -Soinne (B), La responsabilite des architects et entrepreneurs a pres la reception des travaux, these, paris, 1969, p. 479

مقتبس من د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

٥- د. السنهوري، المرجع السابق، ج٧، بند ٦٥، ص ١٤٤، ود. محمد شكري سرور، المرجع السابق، بند ٢٠٩، ص ٢٣٤.

التسليم، أو وجدت جرثومته قبل التسليم كتسوس [illegible] ظهور العيب ذاته بعد التسليم، أو طرأ أصلاً بعد التسليم، فان رب العمل يرجع بالضمان في جميع هذه الأحوال[1]. أما إذا إنكشف أمر العيب عند التسلم أو قبل ذلك نتيجة للفحص الذي أجراه رب العمل بنفسه أو بواسطة مساعديه الذين عاونوه في الإستلام، فان شرط الخفاء يكون قد تخلف عند التسلم وتطبق عليه القواعد العامة[2].

ب- لكي يتم إعمال أحكام الضمان السنوي، يجب أن يكون شرط الخفاء اللازم توافره في العيب، مقصودا به الخفاء عن رب العمل، فهو الطرف الاضعف المقصود بالحماية في هذا التشريع. فإذا كان العيب خفيا بالنسبة للمقاول وظاهرا بالنسبة لرب العمل أو حتى معلوما منه، فلا تسري هنا أحكام الضمان متى ما كان رب العمل قد تسلم العمل دون تحفظ بشأن هذا العيب[3].

ج- يتفق غالبية الفقه العراقي والمصري والفرنسي[4] على إن المعيار الذي يعتد به في تقدير خفاء العيب بالنسبة لرب العمل هو المعيار الموضوعي المجرد الذي يعتد بقدرة الرجل العادي من ذات الطائفة على إكتشاف العيب والوقوف عليه طبقا للعرف الذي جرى عليه العمل في هذا المجال. ويذهب جانب من الفقه الفرنسي الى الإعتداد بالمعيار الشخصي أو الذاتي الذي يعتد برب العمل نفسه، ومدى قدرته على إكتشاف العيب وقت التسلم[5]. أما بالنسبة الى القضاء العراقي، فالرأي الراجح أنه يعتمد في هذا الشأن المعيار

١- د. السنهوري، المرجع السابق، ج ٧، ص ١٤٥، هامش رقم ٢.

٢ - د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

٣ - د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٨٤٦.

٤- د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٤، ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٧، ود. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٤٩٩. ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٦٥.

5 –Neger (R): La decennale impose par la loi aux architects et aux entrepreneurs, these montpellier, 1936, n° 31, p. 64

مقتبس من د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

الموضوعي الذي يعتد بقدرات الشخص العادي[1]. فالعيوب التي لا يستطيع رب العمل العادي غير الملم بأصول وقواعد البناء كشفها تعتبر عيوباً خفية تسري عليها أحكام هذا الضمان. في حين يعتمد القضاء المصري المعيار الشخصي أو الذاتي، حيث يأخذ في إعتباره ما إذا كان بأمكان رب العمل نفسه إكتشاف العيب وقت التسليم[2]. والرأي الراجح بنظر الباحث هو الإعتداد بالمعيار الموضوعي كونه يوفر حماية أكبر لرب العمل، كما إن المعيار الذي وضعه المشرع بشأن خفاء العيب في عقد البيع هو معيار موضوعي لا شخصي، فلا يعتد بقدرة المشتري نفسه على تبين العيب بل بقدرة الرجل العادي... فإذا كان البيع منزلا فان المشتري يحتاج الى رأي مهندس معماري، ويكون معيار تقدير العناية هنا هو معيار شخص معتاد له خبرة في المباني[3].

د- والعنصر الرابع من عناصر تعريف العيب الخفي هو سلطة تقدير خفاء العيب أو ظهوره. ومسألة خفاء العيب من ظهوره هي مسألة واقع، ومن ثم تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع في ضوء ظروف كل حالة على حدة[4] دون رقابة عليه في ذلك من محكمة التمييز أو النقض إلا فيما يتعلق بالقصور في التسبيب[5].

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدني عراقي على رب العمل أن يخبر المقاول بالعيب بمجرد كشفه وإلا إعتبر قابلا به، لأن القبول يسقط المسؤولية عنه ما دام القبول قد جاء بعد تحقق العيب الموجب لقيام المسؤولية. فقد نصت تلك الفقرة على الآتي:

"أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة، ولم يلحظها رب العمل وقت التسلم، بل كشفها بعد ذلك، وجب عليه أن يخبر المقاول بها

١- أنظر بهذا الشأن حكم محكمة التمييز رقم ٢١٢٣/ حقوقية/ ٩٥٦ في صفحة ١٣٦ من هذا البحث.

٢- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٤١.

٣- د. محمد السعيد رشدي، أحكام عقد البيع، (بلا دار نشر) ط٢، ٢٠٠٣، ص ١٩٤.

٤ - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

٥ - المرجع نفسه، ص ٢٣٩.

بمجرد كشفها، وإلا إعتبر أنه قد قبل العمل".

وقد إستقر قضاء محكمة التمييز العراقية ومحكمة النقض المصرية على إن العيب يجب أن يكون خفيا وغير معلوم من رب العمل وقت التسليم، لكي تقبل دعوى الضمان[1]. فقد جاء في أحد أحكام النقض المصرية:

"إن تسلم رب العمل البناء تسلماً نهائياً غير متقيد بتحفظ ما، من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء، فان التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه"[2].

١- د. السنهوري، المرجع السابق، ج٧، ص ١٤٤ هامش رقم ٢، وكذلك د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

٢- نقض ١٩٦٥/٦/١٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٦، ص ٧٣٧، رقم ١٧، بند ٣.

المبحث الثالث

أثر تحقق هذه الشروط وتخلفها على الضمان

إذا ما تحققت شروط تطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة، فهل يتطلب الأمر إعذار المقاول أم يستطيع رب العمل المباشرة بعمليات الإصلاح دون إعذار الأول؟ وهل يستطيع رب العمل المباشرة بعمليات الإصلاح على نفقة المقاول دون إستحصال إذن المحكمة، أم يمكنه القيام بهذه العمليات دون حاجة لإذنها؟ وما الحكم إذا تعذر إتفاق الطرفين على تحديد مدة للإصلاح؟ أو لم يقم المقاول بتنفيذ إلتزامه بالإصلاح أو إدعى المقاول أنه قام بإصلاح العيوب بينما أنكر رب العمل ذلك؟ ومن جانب آخر قد يتخلف أحد شروط تطبيق أحكام هذا الضمان، فهل تطبق أحكام الضمانات الأخرى كالضمان العشري أو ضمان كفاءة الاداء؟ أم تطبق أحكام القواعد العامة؟ وما الحكم اذا تخلف أحد شروط هذا الضمان ولم يدخل العيب في نطاق الضمانات الأخرى؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

أثر تحقق شروط تطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث إعذار المقاول والإتفاق على مدد للإصلاح وإستحصال إذن المحكمة

إذا ما تحققت الشروط الشكلية والموضوعية التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٦، عندها يتعين على المقاول القيام بإصلاح الخلل أو العيب الذي أخطره به رب العمل سواء بطريق التحفظ أو بإشعار تحريري، إصلاحاً عينياً. وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة المذكورة. لكن المشرع ترك أمر تحديد المدة التي تستغرقها عملية الإصلاح لإتفاق الطرفين، وذلك لأنهما أقدر من غيرهما في معرفة حجم هذه الأعمال وجسامتها. وهذا ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة المشار اليها والتي تنص على الآتي:

"يتم تحديد المدة اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح بإتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول المعني".

ويلاحظ أنه لم يحدد شكلا معينا لهذا الإتفاق، وهذا يعني أنه يجوز أن يأتي الإتفاق شفاهاً أو بصيغة مكاتبات أو حتى عن طريق الرسائل الألكترونية.

ويحصل أحياناً الا يتفق الطرفان على المدة اللازمة للإصلاح، أو أن يتفقا على مدة محددة، لكن المقاول لم يلتزم بها. وقد عالج المشرع مثل هذه الحالة في الفقرة الرابعة من المادة المشار اليها. فقد فرض على رب العمل توجيه إعذار الى المقاول بضرورة تنفيذ عملية الإصلاح خلال مهلة يقدرها الأول. وإذا ما تأكد إصرار المقاول على عدم رغبته في التنفيذ وذلك بأنتهاء المهلة المحددة بالإعذار دون أن يبادر بإجراء عملية الإصلاح، عندها يستطيع رب العمل تنفيذ عملية الإصلاح بمعرفة مقاول آخر وعلى نفقة المقاول الأول. حيث نصت تلك الفقرة على الآتي:

"وفي حالة عدم الإتفاق على المهلة أو عند عدم إجراء الإصلاحات خلال المدة المحددة، فان تلك الأعمال، يمكن، بعد الإعذار غير الجدي، أن تنفذ على نفقة ومسؤولية المقاول المقصر".

وبالمثل لم يحدد المشرع شكل هذا الإعذار، ولا الإجراءات المطلوبة لتوجيهه، ولا حتى المهلة الممنوحة فيه للمقاول لتنفيذ عملية الإصلاح. ويستشف من ذلك أنه قد ترك الأمر لمحض إرادة رب العمل، يجريه حسبما تقتضيه مصلحته. وكان الأولى حسبما أرى لو حدد المشرع المهلة الممنوحة بالإعذار وأسلوب الإعذار الرسمي كطريق لأنذار المقاول المقصر. فالعيوب التي يتناولها هذا الضمان والمدة المحددة لإصلاحها غالبا ما تكون متعارف عليها. ومدة ثلاثة أشهر في رأينا تكون كافية لمعالجة الخلل الذي يدخل في نطاق هذا الضمان. ويحصل أحياناً أن يتفق الطرفان مقدماً على مدد الإصلاح، فليس في القانون ما يمنع من ذلك.

وقد أقرت هذه الفقرة حكما خاصا يخالف القواعد العامة[1] المتعلقة بكيفية تنفيذ الإلتزام جبرا على المدين، والتي بموجبها لا يكون من حق الدائن أن يجري هذا التنفيذ على نفقة المدين إلا بعد إستئذان القاضي[2]، حيث أعطت الحق لرب العمل بالتنفيذ على نفقة ومسؤولية المقاول الأول دون الحصول على إذن أو ترخيص مسبق من القضاء كما تقضي بذلك القواعد العامة، ولم تشترط لذلك سوى إعذار المقاول وأن يصبح الإعذار غير مجدٍ أي تنتهي مدته دون أن ينفذ المقاول إلتزامه بمعالجة الخلل والعيوب.

أما المادة ٥٠-٣ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية فلم تشترط شيئا حتى الإعذار بل أعطت الحق مطلقا لصاحب العمل بإجراء

١- تنص المادة ٢٥٠ مدني عراقي على الآتي: "١- في الإلتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه، جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجوز في حالة الإستعجال أن ينفذ الدائن الإلتزام على نفقة المدين بلا إذن من المحكمة".

٢- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٦.

الإصلاحات اللازمة دون الرجوع الى المحكمة لأستحصال إذن خاص بذلك.
حيث جاء بنص هذه الفقرة الآتي:

"إذا لم يقم المقاول بأي من الأعمال التي يطلبها المهندس كما مبين في الفقرات السابقة من هذه المادة فلصاحب العمل دون الرجوع الى المحكمة لأستحصال إذن خاص بذلك، القيام بتلك الاعمال بنفسه أو بواسطة مقاولين آخرين على مسؤولية المقاول (دون الإنتقاص من أية حقوق لصاحب العمل بموجب المقاولة)، وإذا كانت مثل هذه الأعمال مما يجب على المقاول القيام بها على حسابه الخاص بموجب المقاولة فلصاحب العمل مطالبة المقاول بمصاريف تلك الاعمال أو إستقطاع مبالغها من أية مبالغ مستحقة للمقاول او قد تستحق له".

وكان الأحرى أن يحذو المشرع على الأقل حذو المشرع الفرنسي ويشترط توجيه الإعذار للمقاول قبل أن يباشر صاحب العمل بإجراء الإصلاحات على نفقة المقاول.

كذلك أعطت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيدات المصري، الحق لرب العمل بإصلاح جميع العيوب التي تظهر في البناء أو المنشأ الثابت على نفقة المقاول وتحت مسؤوليته، ولم يرد شيئا في النص عن توجيه إعذار أو إنذار للمقاول قبل المباشرة بعمليات الإصلاح على نفقة المقاول. لكن فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس شورى الدولة المصري لم تعط الحق لرب العمل بالقيام بالإصلاحات من تلقاء نفسه ودون تكليف المقاول بذلك والإنتظار حتى تنتهي المهلة الممنوحة له في هذا الشأن. حيث جاء بنص الفتوى ما يلي:

"... إذا كان مفاد أحكام المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أن المقاول يضمن الأعمال التي قام بتنفيذها طبقا لشروط العقد المبرم مع رب العمل سواء قام بتنفيذها بنفسه أو من خلال مقاول من الباطن طالما لم يكن هناك شرط في العقد يقضي بغير ذلك، وإن هذا الضمان

وعلى نحو ما ورد بالمادة ٨٨ يكون لمدة سنة واحدة من تاريخ التسلم المؤقت للأعمال موضوع العقد دون إخلال بمدة الضمان في القانون المدني، فانه إذا تكشف لرب العمل خلال هذه السنة أية عيوب في الأعمال المنفذة كان له مطالبة المقاول بإصلاحها على نفقته، فإذا تقاعس في ذلك، فان لرب العمل أن يقوم بهذا الإصلاح على نفقة المقاول ومسؤوليته.

وعلى هذا لا يعطى لجهة الإدارة الحق في القيام بإصلاح عيوب الأعمال من تلقاء نفسها ودون تكليف المقاول بذلك والإنتظار حتى تنقضي المهلة الممنوحة في هذا الشأن"[1].

وقد إنقسم الفقه بشأن إعطاء سلطة لرب العمل لإصلاح العيوب على نفقة المقاول الى فريقين مختلفين: حيث يرى الفريق الأول[2] أن هذا المسلك متفق مع السياسة التشريعية للمشرع نفسه في رغبته في منح حماية حقيقية وفعالة لرب العمل ضد أشخاص مختصين بفن البناء والعمارة، كما أن رب العمل هنا ليس مطلق اليد في إستعماله لسلطاته هذه، وإنما يخضع لرقابة لا حقة من جانب القضاء، يباشرها عليه بناءً على طلب المقاول بإعتباره مضرورا من تجاوز رب العمل لسلطاته، ويستند في ذلك على شروط العقد وعرف المهنة وما تواضع عليه العمل. بينما يرى الفريق الثاني[3] – ونؤيده في ذلك– أن المشرع بهذا المسلك قد جعل المقاول تحت رحمة رب العمل، وأنه قد منح الأخير سلطة تنصيب نفسه قاضيا يقيم العدالة لنفسه، وهو إحدى حالات القصاص أو الإنتصاف للنفس يقرها النص، وأنه قد أنشأ سببا لمنازعات جديدة بين أرباب العمل والمقاولين، إذ ما هي اللحظة التي يمكن إبتداءً منها القول بأن المقاول لم يستجب لإعذار رب العمل؟ بل كيف يثبت حتى أن المقاول قد رفض المهلة التي حددها له هذا الأخير؟ وهذا الأمر يشبه

١- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بجلسة ١٩٩٩/١١/٥

٢- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٨٨، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ٤٥٦.

٣- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٧.

وضع المدعي الذي يسارع – وعلى مسؤوليته- الى تنفيذ حكم قابل للإستئناف[1].

قد يحصل أيضا خلاف بين رب العمل والمقاول بشأن إثبات تنفيذ أعمال الإصلاح على الوجه الأكمل. وقد عالج المشرع هذا الأمر وحدد طريقين لإثبات تنفيذ أعمال الإصلاح، وذلك في نص الفقرة الخامسة من المادة ١٧٩٢-٦ التي تقول:

"ويتم تثبيت حالة تنفيذ الأعمال المشمولة بهذا الضمان بإتفاق الطرفين وإلا فعن طريق القضاء".

فالطريقان هما: الأول- أن يتفق الطرفان وديا على أن المقاول قد نفذ إلتزامه بموجب هذا الضمان وأجرى عمليات الإصلاح بالصورة المطلوبة وفي المدة المتفق عليها بينهما. والثاني- إذا عجز الطرفان عن الإتفاق على أن المقاول قد وفى بمتطلبات إصلاح العيوب أو الخلل على الوجه الأكمل، عندها يمكنهما اللجوء الى القضاء ليتولى إثبات تنفيذ عمليات الإصلاح، فيكون بذلك الإثبات قضائيا. وقد عالج المشرع هذا الأمر بنفس الطريقة التي عالج بها موضوع تقبل الأعمال بعد إنجازها والواردة في نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢-٦ والتي تنص على أن:

"يعتبر تقبلاً في حكم هذا القانون، التصرف الذي يعلن فيه رب العمل أنه قد قبل العمل، سواء بتحفظ أو بدونه. ويحدث التقبل بناءً على طلب الطرف الأكثر حرصا، إما وديا أو إذا تعذر ذلك، فبناءً على حكم القضاء. ويجب في كل الاحوال، أن يتم النطق به في حضور الطرفين".

---

١ – المرجع السابق، ص ١٧٧.

المطلب الثاني

أثر تخلف أحد أو جميع شروط تطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة وهل تطبق أحكام الضمانين الآخرين أم قواعد المسؤولية العقدية؟

لقد وضع المشرع شروط تطبيق أحكام هذا الضمان وجعلها شاملة لكل عمل عقاري تشيده يد الإنسان، لا فرق في ذلك بين منشأ تحت الأرض أو فوقها، أو بين مبانٍ سكنية أو جسور وطرق عامة، كما إنه جعل هذا الضمان يشمل كل أشكالٍ العيوب أو الأضرار أو الخلل الذي قد يظهر في العقار، سواء تعلق ذلك بعنصر قابل للإنفصال أو غير قابل، وبذلك أعطى المشرع لرب العمل حق الإختيار عند رجوعه على المقاول بين ثلاث دعاوى مختلفة، في أثناء السنة التالية لتقبل العمل. فيمكن لرب العمل الإستناد الى الضمان العشري بالنسبة للأضرار الخطيرة أو الى ضمان كفاءة الأداء بالنسبة للأضرار المتعلقة بوظائف عناصر التجهيز في البناء، وأخيرا يمكنه الإستناد الى ضمان تمام الإنجاز حتى فيما يتعلق بالنوعين السابقين من الأضرار، إذا كان يبغي الحصول على إصلاح عيني على وجه السرعة.

ويرى الباحث أن المشرع هنا قد خلق تداخلا بين أنطقة تطبيق أحكام الضمانات الثلاثة، وكان الأحرى وضع حد للتداخل من خلال تحديد مدة لكل ضمان لا يجوز تطبيق أحكام الضمان الآخر خلالها، وإن كان البعض[1] لا يرتب أثرا جوهريا على هذا التداخل.

يمكننا إستخلاص الأثر الذي يترتب على تخلف شروط تطبيق أحكام هذا الضمان، من النظر الى نصوص القانون الخاصة بشروط تطبيق أحكام الضمانات الأخرى المقررة على عاتق المقاول. فإذا خرج هذا الخلل أو العيب من نطاق الضمان السنوي، فيمكن أن يخضع لأحكام ضمان كفاءة

---

١ – د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٩٧.

الأداء إذا تعلق بعنصر تجهيزي قابل للإنفصال وجاء ضمن المدة القانونية المحددة للضمان الأخير. وقد يخضع أيضا لأحكام الضمان العشري إذا كان متعلقا بحصول تهدم في البناء أو بعيوب تهدد سلامته ومتانته وضمن المدة المقررة لهذا الضمان. ولكن السؤال الذي قد يثار هو ما الأثر الذي يترتب على تخلف شروط تطبيق أحكام الضمان السنوي، ولم يدخل العيب أو الخلل في نطاق أي من الضمانين الآخرين؟

يرى الباحث أن المشرع لم ينص على مثل تلك الحالة، وترك الأمر لإجتهادات القضاء. فهل تنعدم المسؤولية بكافة صورها سواء كانت المسؤولية المدنية أم المسؤولية الخاصة بهذا الضمان؟ أو أن تنعدم المسؤولية الخاصة بأحكام هذا الضمان فقط، وتطبق قواعد المسؤولية المدنية؟ رأينا أن يأخذ المشرع العراقي بالخيار الثاني لأنه أقرب الى روح العدالة ويضمن حق رب العمل والمقاول معا وأن ينص في تشريعه، فيما لو أخذ بضمان الإلتزام بالصيانة، على مثل تلك الحالة، ليقطع الطريق على الإجتهادات وتضارب الآراء.

الخلاصة: تناولنا في هذا الفصل الشروط الشكلية والشروط الموضوعية لتطبيق أحكام الضمان السنوي. وحددنا الشروط الشكلية بالمدة وتعيين العيوب تعيينا نافيا للجهالة وسلوك إحدى طريقتين لإخطار المقاول بهذه العيوب وهما إما التحفظ وذلك في حالة العيوب الظاهرة أو الإخطار الكتابي في حالة العيوب الخفية. وبيَّنا أن المشرع لم يحدد مدة للضمان اذا كان متفقا على أن يكون عمر البناء أقل من سنة، وإفترحنا أن تكون مدة الضمان بعمر البناء، كما أوضحنا بأن بعضا من الشروط الشكلية الواردة في نص المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي هي مجرد تأكيد على القواعد العامة للإلتزام حيث يجب أن يكون محله معينا تعييناً نافياً للجهالة وكذلك للقواعد العامة بإعذار المدين. أما بالنسبة للشروط الموضوعية اللازمة لتطبيق أحكام هذا الضمان، فحددناها بوجود عقد مقاولة وبحصول أضرار في البناء المتعاقد عليه. وبالنسبة الى وجود عقد المقاولة، فيشترط له أن يكون محله مبان

ومنشآت ثابتة وأن يكون مقابل أجر وأن يستقل المقاول بعمله ولا يتبع لرب العمل، أما الأضرار التي تثير مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان فبحثناها في تسعة فروع هي: حصول حالة تهدم للبناء، وحصول عيوب تهدد متانته وسلامته، وعيوب تمس العناصر التجهيزية غير القابلة للإنفصال عنه، والعيوب التي تفوت الغرض الذي أنشيء من أجله البناء، والعيوب التي تؤثر على العناصر القابلة للإنفصال في البناء، ثم ما أصطلح عليه بالأضرار المتوسطة، وعيوب العزل الصوتي، وعدم المطابقة للمواصفات، وأخيرا العيوب البسيطة. وإقترحنا أن يضع المشرع العراقي نظاما قانونيا كاملا لهذا الضمان يحدد شروطه الشكلية والموضوعية.في ضوء الحاجات المجتمعية وما ينسجم مع التطورات الحديثة.

الفصل الثالث

أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة

بعد إن تناولنا في المبحث الأول من الفصل الأول مفهوم ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث تعريفه وخصائصه وإختلافه عن الضمانات الأخرى التي يلتزم بها المقاول، ثم شرحنا في الفصل الثاني شروط تطبيق أحكام هذا الضمان، وبيّنا أنها على نوعين: شروط شكلية وأخرى موضوعية، نتناول في هذا الفصل أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة. فينبغي أولا تحديد النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق أحكامه، ثم طبيعته وأساسه القانوني في التشريعات العربية والأجنبية، وأخيرا لا بد من شرح آثار هذا الضمان من حيث أثر تحقق مسؤولية المقاول والجزاء الذي ينطوي عليه الضمان ثم أسباب سقوط الضمان ودور إرادة رب العمل في الإعفاء من آثاره. وهذا ما ستتناوله في المباحث الثلاثة التالية.

حيث يتطرق **المبحث الأول** الى نطاق تطبيق الضمان.

ويتناول **المبحث الثاني** الطبيعة القانونية للضمان وأساسه القانوني.

ويتحدث **المبحث الثالث** عن آثار هذا الضمان.

المبحث الأول

نطاق تطبيق ضمان الإلتزام بالصيانة

تعتبر مسؤولية المقاول على وفق هذا الضمان مسؤولية خاصة لا تخضع للقواعد العامة، فهي مقصورة على دائرة معينة ،نطاق محدد، لهذا جاءت أحكامها لتطبق على أشخاص معينين ونوع محدد من العيوب. فيتحدد نطاق تطبيق هذا الضمان في ناحيتين أساسيتين: الناحية الاولى من حيث الاشخاص الذين يتأثرون بهذا الضمان، فمنهم من يترتب عليه هذا الإلتزام ومن هم من يكون له الحق فيه. والناحية الثانية من حيث الأعمال التي يغطيها هذا الضمان ويكون المقاول مسؤولا عنها أمام رب العمل بموجبه. سنتناول هاتين الناحيتين في مطلبين مستقلين: **الاول** عن النطاق الشخصي للضمان السنوي **والثاني** عن النطاق الموضوعي له.

المطلب الأول

تطبيق ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث أشخاصه

من المسلم به في أية علاقة قانونية، أن هناك طرفين: مدين ودائن. مدين يلتزم بما عليه من واجبات وإلتزامات، ودائن يتلقى الحق منه. وبالمثل هناك طرفان في ميدان الإلتزام بالضمان السنوي: طرف يلتزم بما عليه من إلتزامات وواجبات وهو المقاول، وآخر يستفيد من تنفيذها وهو رب العمل. لذلك سنتناول هذين الطرفين في فرعين ضمن هذا المطلب:

الفرع الأول

الملتزم بهذا الضمان

جعلت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي المقاول الذي يباشر عملية البناء هو الشخص الوحيد المسؤول وفقا لأحكام ضمان تمام الإنجاز. وهذا يكون في الغالب مرتبط بعقد مقاولة مباشر مع صاحب العمل. فقد حددت الشخص المسؤول عن تنفيذ هذا الضمان والملتزم به، وذلك في موضعين مختلفين من هذه المادة. فتنص الفقرة الثانية منها على الآتي:

"يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل، والذي بواسطته يكون المقاول مسؤولا خلال مدة سنة من تسليم الأعمال الى إصلاح جميع العيوب...".

وتنص الفقرة الثالثة منها على الآتي: "وتحدد المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح، بالإتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول المعني".

فالملتزم بهذا الضمان وفق صريح الفقرة ٢ من النص المذكور هو المقاول، أو بالعبارة الأكثر تحديدا والواردة في الفقرة ٣ منه، هو المقاول المعني بالمعنى الخاص لكلمة مقاول وليس بمعناها القانوني الواسع. وبناءً عليه يخرج من إطار هذا الضمان كل من المهندس والمقاول من الباطن ومنتج الجزء من العمل الذي وقع فيه العيب الموجب لهذا الضمان،[1] وكذلك المستورد والموزع والوكيل والبائع وممول العقار، وإن كان بالإمكان الرجوع عليهم طبقا للقواعد العامة وليس طبقا لأحكام هذا الضمان[2]. ويعني ذلك عدم وجود تضامن أو حتى إلتزام تضامني (مسؤولية مجتمعة)[3] بين المقاول وبين

١ – د.محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٣.

٢– د. مصطفى رجب، المرجع السابق، ص ٨٧.

٣– يوجد الإلتزام التضامني عندما يكون هناك شخصان أو أكثر ملتزمين بكل الدين في مواجهة الدائن ويستطيع هذا الأخير أن يطالب أيا منهم بالدين كله بالرغم من عدم وجود تضامن فيما بينهم=

غيره من المعماريين أو المشيدين، فتقف دعوى الضمان عنده فقط، دون أن يستطيع رب العمل كقاعدة عامة إدخال غيره من المعماريين أو المشيدين معه في المطالبة بالإصلاح لا بدعوى التضامن ولا بإدعاء التضامم[1]. لهذا سنتناول في هذا الفرع المقصود بالمقاول ثم إنتقال إلتزاماته الى الخلف العام والخلف الخاص وذلك في المقصدين التاليين:

المقصد الأول

تعريف المقاول

يقصد بالمقاول الشخص الذي يعهد اليه في إقامة المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى، أو هو الشخص الذي يتعهد بالإتفاق مع المالك لقاء أجر معين بالقيام بعمل معين يتعلق بالبناء أو الإنشاءات كأقامته أو تعديله أو ترميمه أو هدمه[2]. وعرفه آخر[3] بأنه: "كل شخص تعهد لصاحب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى في مقابل أجر، دون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة".

وعرفته كراسة شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية العراقية في المادة ١- ب بأنه: "الشخص أو الأشخاص أو المؤسسة أو الشركة الذي قبل صاحب العمل عطاءه ويشمل ممثلي المقاول المخولين ومن يخلفونه قانوناً، ومن يسمح صاحب العمل بالتنازل لهم".

=وأركانه هي تعدد المدينين ووحدة الدين وتعدد مصدر إلتزام كل مدين وعدم وجود تضامن. أما التضامن فيقوم على تعدد الروابط ووحدة المحل ووحدة السبب ويقوم من ثم على المصلحة المشتركة بين المدينين وما ينتج عنها من نيابة تبادلية فيما بينهم ومن ثم فهو لا يفترض وإنما يجب رده الى نص قانوني أو إتفاق صريح أو ضمني في عقد ما، أما في الإلتزام التضامي فتنتفي المصلحة المشتركة ومن ثم تستبعد النيابة التبادلية فيما بينهم وهو في الغالب من خصائص المسئولية التقصيرية. راجع بهذا الخصوص د. نبيل إبراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم إفتراض التضامن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط٢، ٢٠٠٠.

١ - د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٢.

٢- د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٨٨.

٣- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٣.

وهو قريب الى حد ما من تعريف كراسة الفيديك في البند ١-١ الذي جاء فيه: "بأنه الشخص الذي قبل رب العمل عطاءه وخلفاؤه القانونيون في هذه الصفة، ولا يقصد به المحال اليه من هذا الشخص، إلا بموافقة رب العمل".

ويستوي أن تكون المواد التي أقام بها هذه المباني أو المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له صاحب العمل، ففي الحالتين يلتزم بالضمان بوصفه مقاولا يتحمل المسؤولية وفقا للقواعد الخاصة بأحكام هذا الضمان[١].

ويقوم المقاول بتنفيذ العمل المتعاقد عليه وفقاً للتصاميم والرسوم التي يضعها المهندس المعماري، وتحت إشرافه، وطبقا لتعليماته، إلا أن هذا لا يمنع من إستقلاله في تنفيذ أعماله، وإلا فقد صفته كمقاول، وأصبح تابعا للمهندس أو رب العمل[٢].

ومن مهام المقاول إدارة تنفيذ الأعمال وحراسة المواد والأدوات المسلمة له وتنبيه صاحب العمل أو المهندس المعماري وإرشادهما الى الأخطاء التي يكتشفها أو كان من المفروض عليه أن يكتشفها في التصميمات والرسومات والنماذج المقدمة له أو عن عيب في التربة المراد إقامة البناء عليها، وذلك في الوقت المناسب لتدارك الأضرار التي قد تؤدي اليها هذه الأخطاء[٣]. ويراعى أن المقاول يلتزم بالكشف عن الأخطاء والعيوب التي يمكن أن تتضح لرجل من أوساط مهنته[٤]. فإذا كان العيب راجعا الى مواد أحضرها صاحب العمل، ولم يكن في إستطاعة المقاول أن يكتشف العيب فيها، فان المسؤولية تقع على صاحب العمل وحده[٥].

---

١ - د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٣٥.

٢- د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٩٠.

٣- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ٤٢١.

٤ - د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٩٠.

5 --Hinze, Jimmie: Construction Contracts, 2nd edition, United States, McGraw-Hill, 2001, p. 249

وليس من الضروري أن يقوم مقاول واحد بإقامة المنشآت. فقد يعهد صاحب العمل الى عدة مقاولين بالعمل، فيكون أحدهم متخصصا في دق الأساسات، وآخر في أعمال البناء الأخرى، كالأعمدة والجدران والعوازل والأسقف والأرضيات وخلافه، وثالث في أعمال النجارة أو الحدادة أو التمديدات الصحية أو أعمال الدهان والبياض وهكذا...، فكل هؤلاء المقاولين يلتزمون بالضمان السنوي كل في حدود ما قام به من أعمال[1].

ويلاحظ أن المدين على وفق المادة ١٧٩٢-٦ يختلف عنه في المادة ١٧٩٢ الخاصة بالضمان العشري، حيث نصت المادة ١٧٩٢ على الآتي:

"أي معماري يشيد عملا يكون مسؤولاً بقوة القانون في مواجهة رب العمل أو من يتلقى عنه ملكية ذلك العمل، عن جميع الأضرار، بما فيها تلك الناتجة عن عيوب في الأرض...".

فقد نص المشرع في هذه المادة على المعماري الذي يشيد عملا وليس المقاول، مما يشير الى شمول المهندس المدني والمعماري بأحكام الضمان العشري. بينما نص في المادة ١٧٩٢-٦ على المقاول والمقاول المعني فقط، وهذا يشير الى إستبعاد المهندسين من أحكام ضمان تمام الإنجاز.

ويرى بعض الشراح[2] أن المشرع قد حدد لرب العمل، المقاول فقط كمدين بهذا الضمان كي يرجع عليه مباشرة بطلب إصلاح الخلل، وذلك تيسيرا عليه وتحقيقا للحماية الممنوحة له. بينما يرى الباحث أنه كان من الأجدر إدخال المهندسين في أحكام هذا الضمان ليكونوا مسؤولين بالتضامن مع المقاول عن العيوب المشمولة بأحكامه، وذلك لأن العمل الذي يؤديه هؤلاء لا يقل خطورة عن عمل المقاول، كما أنهم يتميزون عليه بخبرتهم الأكبر في مجال الأمور الفنية والتقنية الخاصة بالبناء والمنشآت الثابتة، إضافة الى أن إستبعادهم من أحكام هذا الضمان قد يشجعهم على التهاون والإهمال في الإهتمام بشؤون البناء محل العقد.

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١١٠. ود. محمد لبيب شنب، ص ١٢٤.

٢- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٢.

ويشير بعض الشراح[1] الى إختلاف في الصياغة بين الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٧٩٢-٦ على إعتبار أن المشرع الفرنسي قد ذكر عبارة المقاول فقط في الفقرة الثانية من المادة، بينما ذكر عبارة المقاول المعني في الفقرة الثالثة منها. وإستنتجوا أن هذا الإختلاف سيكون له خطره على رب العمل في حال تعدد المقاولين، حيث سيحاول كل منهم التملص من المسؤولية بأدعائه أنه ليس هو المقاول المعني بالأمر الذي يعنيه نص الفقرة الثالثة من المادة، أو أن الخلل الذي قام بالجزء الذي نفذه سببه عيب في التشييد معزوٌ الى مقاول آخر أو عيب في الأرض أو في التصميم منسوب الى المهندس المعماري أو غيره من الفنيين الذين لا يخضعون لهذا الضمان. ويرى الباحث أن العبارتين سيّان ولا فرق بينهما ومفردة المعني هي صفة للمقاول لا غير، ولا يترتب على ذلك أي إختلاف في المعنى أو أثر على القصد. فلا بد أن يكون المقاول المسؤول هو المقاول المعني، ولا مسؤولية على المقاول غير المعني.

ويلتزم المقاول بالضمان السنوي سواء أكان هو الذي قام بالعمل بنفسه أم بوساطة تابعيه وعماله، حتى لو لم يكن هؤلاء أتباعا له بالمفهوم القانوني الوارد في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، كالمقاولين من الباطن، فيضمن المقاول الرئيس أعمالهم في مواجهة صاحب العمل، في حين لا يسألون هم إلا أمام المقاول الأصلي مسؤولية عقدية طبقا للقواعد العامة[2]. فيجوز للمقاول الذي رجع عليه رب العمل في المطالبة بالإصلاح أن يرجع على المسؤول الحقيقي المتسبب بفعله في إحداث هذا الخلل والذي قام بإصلاحه هذا المقاول وذلك وفقا لشروط وأوضاع المسؤولية التقصيرية لعدم وجود علاقة تعاقدية ما بين الاثنين (رب العمل والشخص التابع للمقاول)، ويكون رجوع المقاول على التابع بدعوى الحلول محل رب العمل في حقوقه قبل هذا المسؤول[3].

١- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٠، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٢.

٢- د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٠. ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٣.

٣- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٣، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

المقصد الثاني

إنتقال إلتزامات المقاول الى الخلف العام والخلف الخاص

وقد يتبادر سؤال الى الذهن، هو هل يمكن أن ينتقل هذا الإلتزام الى الخلف العام أو الخلف الخاص للمقاول؟ أو هل ينتقل هذا الإلتزام الى المتنازل له في حال تنازل المقاول عن عقد المقاولة؟ أو هل يجوز أن ينتقل هذا الإلتزام الى المقاول من الباطن؟

بالنسبة الى إنتقال إلتزامات المقاول الى خلفه العام، ينبغي الرجوع الى السواعد العامة لعقد المقاولة والمقررة في المادة ٨٨٨ مدني عراقي[١]، وبمقتضاها أنه لا تنتقل الإلتزامات المترتبة على المقاول بموجب عقد المقاولة إذا كانت شخصيته محل إعتبار. وبطريق الدلالة العكسية فان إلتزامات المقاول تنتقل الى خلفه العام إذا لم تكن شخصيته محل إعتبار. ولا تعتبر المؤهلات الشخصية للمقاول في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى محل إعتبار في التعاقد، فهؤلاء يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما توافر عندهم من مهندسين وفنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال بحيث تكون العبرة لا بصفات المقاول الشخصية بل بالمكانة التي وصل اليها في السوق. فإذا مات المقاول، فان أعماله تنتقل عادة الى ورثته ممن كانوا يعملون معه، فيستطيعون بنفس المهندسين والأدوات

---

١ – تنص المادة ٨١٨ مدني عراقي على الآتي: "١ – تنتهي المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل إعتبار في التعاقد، فان لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥ الا اذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

٢ – وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل إعتبار في التعاقد اذا أبرم العقد مع فنان أو مهندس معماري او مع غيرهم ممن يزاولون مهناً حرة اخرى، وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال او الصناع، الا اذا كان هناك دليل او عرف يقضي بغير ذلك، وفي سائر الاحوال الاخرى وبخاصة في عمال المقاولات الـ...ة يكون المفروض ان المكانة التي وصل اليها اسم المقاول في السوق لا صفات المقاول الشخصية هي التي كانت محل الاعتبار الاول في التعاقد.

والمعدات ورؤوس الأموال أن يستمروا في تنفيذ المقاولات التي يكون المورث قد عقدها قبل موته[1]. ولكن قد لا تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، مثال ذلك، ألا يوجد أحد من ورثة المقاول يحترف حرفته أو يكون هؤلاء ليس من شأنهم أن يبعثوا الطمأنينة وليسوا متوافرين على الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، ففي هذه الصورة لا تنقضي المقاولة من تلقاء نفسها، ولكن يجوز لرب العمل طلب فسخها وإنهاء إلتزامات المقاول. والقاضي يقدر ما إذا كانت لا تتوافر في الورثة الضمانات الكافية فيحكم بفسخ العقد، أو أن فيهم من الضمانات ما يكفي للمضي في العمل وتنفيذه فيرفض طلب الفسخ. أما الورثة أنفسهم فإذا كانوا لا يحترفون حرفة مورثهم أو كانوا لا يطمئنون الى قدرتهم على المضي في العمل، فان لهم أيضا، إذا أصر رب العمل على التنفيذ، أن يطلبوا من القاضي فسخ العقد، ويكون للقاضي تقدير هذا الطلب فيحكم به أو يرفضه[2]. أما إذا توافرت في الورثة الضمانات الكافية، فيبقى عقد المقاولة قائما وتنتقل الى الورثة الإلتزامات المقررة على المقاول قبل موته في حدود التركة.

أما بالنسبة الى إنتقال إلتزامات المقاول لخلفه الخاص بما فيها الإلتزام بالضمان السنوي، كحالة التنازل عن المقاولة أو المقاولة من الباطن، ففي الحالة الاولى اي التنازل عن المقاولة، تطبق أحكام حوالة الدين (مادة ٣٤٠ مدني عراقي)[3] لإنتقال إلتزامات المقاول المتنازل الى المقاول المتنازل له. ويشترط في هذه الحالة إقرار رب العمل لهذا التنازل حتى يصبح ساريا بحقه، لأن الإعلان وحده لا يكفي إلا في نقل حوالة الحق، أي في نقل حقوق

١- د. السنهوري، المرجع السابق، ج٧، ص ٣٢٦.

٢ - المرجع السابق، ص ٣٢٨.

٣- تنص المادة ٣٤٠ مدني عراقي على الآتي: "١- الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له. ٢- وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم إنقضى الأجل دون أن يصدر القبول إعتبر سكوت المحال له رفضا للحوالة".

المقاول دون إلتزاماته. وإذا ما أقرَّ رب العمل هذا التنازل، يصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع إلتزامات المقاول الاول نحو رب العمل وهو المسؤول أمامه ويختفي المقاول المتنازل ولا يعود له شأن في المقاولة التي إنتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار الى المقاول المتنازل له، بل إن المقاول المتنازل لا يكون مسؤولا عن المقاول المتنازل له ولا ضامنا له[1].

وقد قضت إحدى محاكم البداءة في العراق برد دعوى أقيمت أمامها من قبل مقاول طالب بإلزام رب العمل بصرف المبالغ المتبقية له عن الأعمال التي قام بها بعد إن آلت اليه هذه الأعمال عن طريق التنازل من مقاولها الأصلي الذي تعاقد مع رب العمل إبتداءاً. وقد أسست محكمة البداءة قضاء الرد على مقولة أنه لم يتأيد لها موافقة رب العمل على التنازل الجاري من المقاول الأصلي للمقاول المدعي وعلى أن المقاول الأصلي قد أعطى للمقاول المدعي وكالة عامة خوله فيها إستعمال كافة الحقوق والصلاحيات الممنوحة له قانوناً، وذلك لغرض تنفيذ المقاولة موضوع الدعوى، غير أن المدعي لم يقم دعواه على هذا الأساس، إنما أقامها بإعتباره قد حلَّ محل المقاول الأصلي وأضاف الحق المدعى به لنفسه ولم يدع به وكالة عن موكله المقاول الأصلي، وبذلك تكون الدعوى قد فقدت شرطا أساسياً لصحتها. وأُيد هذا الحكم إستئنافاً[2]. وقد نقضت محكمة تمييز العراق هذا الحكم معتبرة أن الدعوى لا تقوم على سند من القانون، لأنه ما دامت الأعمال قد آلت الى المقاول الثاني عن طريق التنازل عنها من المقاول الأصلي، وقد قام المقاول الثاني بإنجاز العمل وتسليمه لرب العمل تسليماً أولياً ونهائياً، وقد أبرز عقد التنازل المصدق حسب الأصول وكذلك الوكالة العامة المعطاة له من المقاول الأصلي، وحيث أن الفقرة (١) من المادة ٨٨٢ من القانون المدني أجازت للمقاول الأصلي أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى

---

١ - د. السنهوري المرجع نفسه، ص ٢٦٦.

٢- حكم محكمة بداءة بغداد الصادر في ١٩٧٢/٤/٥ بالدعوى البدائية المرقمة ٩٦/ب/١٩٧١، وحكم محكمة إستئناف بغداد الصادر في ١٩٧٢/٧/٨ بالدعوى الإستئنافية رقم س/١٠١/١٩٧٢..

مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، لذلك رأت محكمة التمييز أنه كان على محكمة الإستئناف التحقق عما إذا كانت المقاولة تتضمن شرط عدم التنازل أم لا، فان كان مثل هذا الشرط موجودا فليس للمقاول الأصلي أن يتنازل عن المقاولة الى مقاول آخر إلا بموافقة رب العمل، وإذا خلت المقاولة من هذا الشرط فيجوز التنازل دون أخذ موافقة رب العمل[1].

ويرى الباحث خلاف هذا الرأي لسببين رئيسين: أولهما أن التنازل عن المقاولة تنطبق عليه أحكام حوالة الدين التي تشترط إقرار رب العمل لهذا التنازل حتى يصبح ساريا بحقه، ولم تستحصل موافقة رب العمل على التنازل في هذه الدعوى. وثانيهما، أنه إذا كانت الفقرة (١) من المادة ٨٨١ مدني عراقي قد أجازت للمقاول الأصلي أن يكل تنفيذ العمل الى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد، فان الفقرة (٢) من نفس المادة قد أقرت أن يبقى المقاول الأصلي مسؤولا نحو رب العمل عن المقاول الثاني، وهذا يعني عدم سريان التنازل عن المقاولة بمواجهة رب العمل. ويستطيع المقاول الثاني في الدعوى مدار البحث الإستناد الى المادة ٨٨٣ بفقراتها الثلاث[2] لمطالبة رب العمل بما له في ذمة المقاول الأول.

أما بشأن المقاولة من الباطن، فقد نظمتها المادة ٨٨٢ وما بعدها، وبموجبها يكون المقاول الأصلي ملتزما نحو رب العمل بكل الإلتزامات الناشئة عن

١- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٨٤٠/ مدنية أولى/ ١٩٧٢ صادر بتاريخ ١٩٧٣/٧/٢٢.

٢- تنص المادة ٨٨٣ مدني عراقي على الآتي: "١ - يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين إشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول، بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل.

٣ - ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الاصلي إمتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي أو للمقاول الثاني وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة.

٤ - وحقوق المقاول الثاني والعمال المقررة في هذه المادة، مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن حقه قبل رب العمل.

عقد المقاولة الاصلية، فيلتزم بكل الضمانات المقررة قانونا في مدتها وشروطها، ولا يضمن المقاول من الباطن التهدم أو العيوب إلا في حدود القواعد العامة لأحكام عقد المقاولة. فإذا حدث تهدم أو عيب، يرجع رب العمل على المقاول الأصلي بدعوى المسؤولية وبشروطها وطبقاً لأحكام عقد المقاولة، وللأخير الرجوع على المقاول من الباطن طبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية[1].

أما شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، فقد ألقت المسؤولية على عاتق المقاول وحده وذلك عندما نصت في المادة ٥٠-٢-ب على الآتي:

"على المقاول أن يقوم بجميع أعمال الصيانة المنصوص عليها في الفقرة ٢-أ من هذه المادة على حسابه الخاص...".

فلم يشر النص الى ملتزم آخر بالصيانة عدا المقاول، وبذلك فانه يتحمل وحده دون المهندس أو المقاول من الباطن أو أي معماري آخر مسؤولية العيوب التي تظهر في البناء أو المنشأ الثابت، وتسري عليه أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة. وإن كان مسلك المشرع هذا يتفق مع مسلك المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٦ ومسلك المشرع المصري في المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، لكننا نفضل لو كان قد أشرك المهندس المعماري في سريان أحكام هذا الضمان عليه ليكونا ملتزمين بالتضامن عن الخلل أو العيب الذي يظهر في البناء ويدخل في نطاق الضمان السنوي.

ومن جانب آخر نلاحظ أن المادة ٢٠-ب-٢ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية قد أعفت المقاول من مسؤولياته إذا حصلت الأضرار نتيجة تصميم المهندس للأعمال وفق أحكام هذه الشروط. فقد جاء النص كما يلي:

---

١ - د. السنهوري، المرجع نفسه، ص ٢٧٧.

المادة العشرون: العناية بالأعمال والمخاطر المستثناة:

١- العناية بالأعمال:

أ- يتحمل المقاول المسؤولية الكاملة إبتداءا من المباشرة بالأعمال ولغاية صدور شهادة الإستلام وفق المادة التاسعة والأربعين من هذه الشروط عن العناية بالأعمال ومعدات الإنشاء. وإذا لحق أي ضرر أو خسارة أو عطل بالأعمال أو بأي جزء منها أو بأي من معدات الإنشاء لأي سبب كان عدا المخاطر المستثناة المنصوص عليها في الفقرة ٢ من هذه المادة، فعلى المقاول أن يصلح ذلك على حسابه الخاص بحيث تكون الأعمال عند إستلامها في حالة جيدة تتفق من جميع الوجوه مع متطلبات المقاولة وتعليمات المهندس. وفي حالة ما إذا نجم مثل هذا الضرر أو الخسارة أو العطل عن أي من المخاطر المستثناة فعلى المقاول مع مراعاة أحكام المادة الثامنة والستين من هذه الشروط أن يقوم على نفقة صاحب العمل اذا طلب منه المهندس وفي حدود هذا الطلب بتصليح ذلك وجعله صالحا على النحو المذكور آنفا.

ب- يكون المقاول مسؤولا عن الضرر الذي يحدث في الأعمال أثناء قيامه بأي من العمليات لغرض إكمال أي عمل متبق أو الوفاء بإلتزاماته بموجب المادتين الخمسين والحادية والخمسين من هذه الشروط.

٢- المخاطر المستثناة:

تنحصر المخاطر المستثناة بما يلي وضمن حدود الجمهورية العراقية:

أ- الأعمال الحربية (سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) أو أعمال الغزو من عدو أجنبي أو التمرد أو الثورة أو العصيان أو الحرب الأهلية أو إغتصاب السلطة.

ب- حوادث الشغب أو الهياج أو الإخلال بالنظام عدا ما يحدث بين مستخدمي المقاول، أو المقاول الثانوي.

ج- مخاطر الطاقة الذرية والإشعاعات النووية.

د- إستعمال أو إشغال صاحب العمل لأي قسم من الأعمال الذي صدرت بشأنه شهادة إستلام.

هـ- تصميم المهندس للأعمال وفق أحكام هذه الشروط".

ومن النص المتقدم، يمكن الإستنتاج أنه إذا كانت العيوب ناجمة عن تصميم المهندس، فلا مسؤولية على المقاول، وهذا بخلاف ما جاءت به أحكام ضمان تمام الإنجاز في القانون المدني الفرنسي أو أحكام حسن تنفيذ الأعمال الواردة في المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ التي وضعت مسؤولية هذا الضمان على المقاول حتى لو كان العيب راجعا لخطأ المهندس في التصميم. ومقترحنا أن يعالج المشرع العراقي أحكام هذا الضمان بصورة شاملة بوضع نظام متكامل له يحدد فيه مسؤولية المقاول والمهندس.

وجاء نص المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ واضحا في ترتيب مسؤولية ضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل على عاتق المقاول وحده. حيث جاء في نص المادة ما يلي:

"يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت...".

فمن هذا النص يتضح أن المقاول وحده هو الطرف الملتزم بالإلتزامات التي يرتبها ضمان حسن تنفيذ الأعمال، دون غيره من المعماريين. وبذلك يكون المشرع المصري قد سلك نفس مسلك المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٦.

وقد أدخل المشرع الفرنسي في المادة السابعة من قانون ٤ يناير ١٩٧٨ والخاصة بضمان العزل الصوتي، عنصرين آخرين ضامنين لحق رب العمل

في خلو البناء من عيوب العزل الصوتي، وهما البائع والممول العقاري. فقد جاء في الفقرة الأخيرة من نص تلك المادة ما يلي:

"... ويعتبر البائع أو الممول العقاري ضامناً في مواجهة الشاغل الاول لكل وحدة سكنية، لمطابقة هذه الوحدة لتلك القواعد، وذلك في خلال الستة أشهر التالية لتاريخ شغله لهذه الوحدة".

لذلك يلتزم البائع والممول العقاري، كالمقاول، بضمان العزل الصوتي بمواجهة أول شاغل للوحدة السكنية. لكن مدة إلتزامهما تكون ستة أشهر بدلا من سنة واحدة إعتبارا من تاريخ إشغال الساكن للوحدة السكنية.

الفرع الثاني

المستفيد من هذا الضمان

يقع على رأس الأشخاص المستفيدين وفقا لقواعد ضمان تمام الإنجاز صاحب العمل المرتبط بعقد مقاولة مع المقاول، نظراً لكونه الشخص الذي يتضرر من جراء الخلل أو العيوب التي قد تظهر في البناء. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢-٦ على الآتي:

"يمتد ضمان تمام الإنجاز... ليشمل إصلاح جميع العيوب المعينة بواسطة رب العمل...".

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على الآتي:

"تحدد المدد اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح، بإتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول المعني".

فالأصل أن صاحب الحق في ضمان تمام الإنجاز هو صاحب العمل الذي يتعاقد مع المقاول بموجب عقد مقاولة للقيام بتنفيذ العمل، حيث يعمل الأخير لحساب صاحب العمل ومصلحته[1]. ويستوي أن يكون صاحب العمل قد أبرم عقد المقاولة بنفسه أو بواسطة وكيله[2]. لذلك فان صاحب العمل هو المستفيد الأول من أحكام هذه المسؤولية، فهو الذي يتضرر مباشرة جراء الخلل أو العيب، فيستطيع أن يرجع بالضمان على المقاول تبعاً لظروف الحال[3].

---

١ - أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ٢١٩، وكذلك د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٧٣.

٢ - د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٨٢.

٣ - عبدالناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١٢٨، وكذلك أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص ٢١٩، ود. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١.

يشير نص المادة ١٧٩٢-٦ الى أن المستفيد من هذا الضمان هو رب العمل وحده. وبناءً على ذلك يرى بعض الشراح الفرنسيين[1] أن المشرع قد قصر الإفادة من هذا الضمان على رب العمل وحده دون غيره من المستفيدين كمشتري العقار أو من تؤول ملكيته له كما هو الحال في الضمان العشري، حيث نصت المادة ١٧٩٢ على الآتي:

"أي معماري يشيد عملا يكون مسؤولاً بقوة القانون في مواجهة رب العمل أو من يتلقى عنه ملكية ذلك العمل، عن جميع الأضرار، بما فيها تلك الناتجة عن عيوب في الأرض...".

فالمستفيد في حالة الضمان العشري هو رب العمل وكذلك من تؤول اليه ملكية العقار. أما في حالة ضمان تمام الإنجاز، فقد نص المشرع على رب العمل وحده دون من تنتقل اليه ملكية العقار. ويرى هؤلاء الشراح أنه كما أن المشرع قد قصر المديونية على المقاول وحده في هذا الضمان، كذلك فانه قد قصر الإفادة منه على رب العمل وحده دون غيره من المستفيدين، وأنه لو كان قد أراد أن يشمل به متلقي ملكية العقار، لكان قد نص عليه صراحة، لكنه لم ينص عليه وإكتفى بذكر رب العمل فقط.

بينما يميل قسم آخر من الشراح،[2] ونؤيدهم في ذلك، الى أن المشرع لم يقصر المستفيد من الضمان على رب العمل وحده وإنما يمكن أن يشمل من آلت إليه ملكيته، مستندين في ذلك على ما إستقر عليه الفقه والقضاء

1 -En ce sens: CASTON p. 106 No. 149; et rappr: COSTA p. 42 col 2.

مقتبس من د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٣. وأنظر أيضا د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٤.

٢- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٥، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

الفرنسي[1] من أن المشرع إنما يريد إسباغ حمايته على رب العمل وعلى من يتلقى ملكية العقار من بعده، وكون دعوى هذه المسؤولية تابعة لملكية هذا العقار تنتقل معه حيثما إنتقلت وتستقر حيث يستقر، وإنه ليس ثمة مبرر معقول للمغايرة في الحكم بين رب العمل ومن يتلقى عنه ملكيته بالنسبة لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز، عنه في أحكام الضمانين الآخرين كفاءة الاداء والعشري.

وقد يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كوزارة أو حكومة أو شركة، فتقوم هذه الشركة مثلا بالتعاقد مع مقاول معين لبناء مساكن بهدف تمليكها لشريحة من الناس. فمن هو صاحب الحق في ممارسة دعوى ضمان تمام الإنجاز؟ هل هو الشركة صاحبة العمل، أم الملاك الجدد لهذه المساكن؟

من وجهة نظر الباحث أنه إذا حدث الخلل أو العيب قبل التسليم، كانت الشركة هي صاحبة دعوى الضمان بإعتبارها صاحبة العمل، أما بعد التسليم فيمكن للمالك الجديد أن يرجع مباشرة على المقاول بأحكام هذا الضمان لأن الحق في الرجوع عليه ينتقل مع إنتقال الملكية،[2] فيكون للمالك الجديد ما

١- إستقر العمل في القضاء الفرنسي على إمكانية إستفادة الخلف العام أو الخاص من دعوى الضمان الخاص بالمقاول والمهندس، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية ما يلي: "إن الحق في الرجوع بالضمان الخاص على المهندس المعماري والمقاول فيما يظهر في المبنى من عيوب يعدّ حماية قانونية مرتبطة بملكية المبنى المشيد إرتباطاً وثيقاً، وغير متصلة بشخصية صاحب العمل وحده بالذات، دون غيره من الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تنتقل اليهم ملكية هذا البناء، بل إن هذه الحماية القانونية تتبع ملكية العقار المبني، وتندمج معها بأعتبارها من ملحقاتها طيلة مدة الضمان الخاص المنصوص عليه في المادتين ١٧٩٢ و٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي، وإنه لمّا كانت مدة العشر سنوات المنصوص عليها في هاتين المادتين تعدّ فترة إختبار لمتانة المبنى وجودة الأعمال، فان المالك الحالي للبناء يكون هو الشخص الوحيد الذي يكون في إمكانه تقدير توافر هذه المتانة من عدمه". نقض مدني فرنسي، ٢٨ أكتوبر ١٩٧٥، بولتان، فقرة ٩٣، ص ٧٣، مشار اليه ني د. ياقوت، المرجع السابق، هامش ١٥٥، ص ٧٦-٧٧.

٢- د.محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٤.

للشخص المعنوي من ضمانات على البناء، ويمكن له الرجوع على الشخص المعنوي، ويستطيع الأخير الرجوع على المقاول[1].

وماذا لو قام المقاول ببناء عقار ثم باعه، فهل سيكون مسؤولاً وفقاً لأحكام ضمان تمام الإنجاز في مواجهة المالك الجديد للعقار؟

إذا كانت المادة ١٧٩٢-١-١ [2] من القانون المدني الفرنسي قد شملت المقاول الذي يبيع العقار الذي شيده بنفسه أو بواسطة آخرين بأحكام الضمان العشري، فيرى الباحث أنه يكون أيضا مسؤولا في مواجهة المالك الجديد وفقا لأحكام ضمان تمام الإنجاز لأن دعوى هذه المسؤولية تابعة لملكية العقار تنتقل معها حيثما إنتقلت.

وإذا ما مات صاحب العمل، فان الحق في الرجوع على المقاول بدعوى ضمان تمام الإنجاز، ينتقل الى خلفه العام. والخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق وإلتزامات، كالورثة[3]. فإذا حدث عيب أو خلل في البناء، فان الحق في مباشرة دعوى الضمان يكون من إختصاص الخلف العام لصاحب العمل الذي إنتقلت اليه ملكية العقار بعد موت صاحب العمل.

ولا يستفيد صاحب العمل من مسؤولية قواعد الضمان السنوي ولا ورثته من بعده، إذا كان مقاولا أصليا تعاقد مع مقاول من الباطن. فان تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن لم يكن له أن يرجع على الأخير فيما يتعلق بعيوب عمله، إلا بمقدار ما تقضي به القواعد العامة ويمتنع عليه الإستفادة من مسؤولية القواعد الخاصة[4].

١- د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٨٣.

٢ - تنص المادة ١٧٩٢-١-١ مدني فرنسي على الآتي: "يعد معماريا يتولى تشييد عمل في هذا القانون كل شخص يبيع العمل بعد إتمام تشييد ، سواء كان قد شيده بنفسه أوبواسطة آخرين".

٣- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ١، ص ٥٤١.

٤- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٧٤.

ويستطيع صاحب العمل الرجوع على المقاول الأصلي بالضمان السنوي حتى لو كان المقاول الأصلي قد نزل عن المقاولة لمقاول آخر ما دام صاحب العمل لم يبريء ذمة المقاول الأصلي[1]. ولذلك فان المقاول من الباطن لا يلتزم أمام صاحب العمل بأي ضمان. فلا توجد علاقة تعاقدية بينهما، وإن الذي يبقى ملتزما أمام صاحب العمل هو المقاول الأصلي، ويكون ضامناً لعمل المقاول من الباطن، وأعمال مساعديه وعماله[2].

أما بالنسبة للخلف الخاص، والخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري والموهوب له،[3] فان لصاحب العمل الحق في الإفادة من أحكام الضمان السنوي. فإذا باع صاحب العمل المبنى أو وهبه، ثم أصابه خلل أو عيب، جاز للمشتري أو للموهوب له أن يرجع بالضمان على المقاول، ذلك أن الحق في الرجوع بالضمان قد إنتقل مع المبنى الى الخلف الخاص، طبقا لنظرية الإستخلاف في الحقوق والإلتزامات[4]. "ويجوز للمشتري أن يرجع على بائعه بضمان العيب، وفي هذه الحالة يكون البائع- وهو صاحب العمل- أن يرجع بدوره على المقاول بالضمان، وله أن يدخله ضامنا في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري. ويرجع الخلف الخاص على المقاول بالضمان حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف، كما لو كان موهوبا له، وليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب، فانه يرجع بالرغم من ذلك الضمان بالضمان على المقاول، لأن دعوى الضمان قد إنتقلت الى الموهوب له مع

---

١ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٣.

٢ - د. مصطفى عبدالسيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٨٨، ص ٧٧. وكذلك د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، هامش ٢، ص ١١٢.

٣ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ١، ص ٥٤١.

٤ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١١١ وكذلك د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٤ ود. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٧٥-٧٦.

العقار الموهوب بعقد الهبة"[1].

وقد ترك القانون العراقي أمر إمكانية إفادة الخلف العام والخلف الخاص من الضمان المقرر لصاحب العمل للقواعد العامة التي جاء فيها بنص المادة ١٤٢ مدني عراقي بفقرتيها ١ و٢ ما يلي:

"١ – ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام.

٢ – اذا أنشأ العقد إلتزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء اليه".

وقد يستفيد أيضا من أحكام هذا الضمان دائنو صاحب العمل عن طريق ما يسمى بالدعوى غير المباشرة[2]، حيث تنص المادة ٢٦١ مدني عراقي على الآتي:

"يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء أن يستعمل بأسم مدينه حقوق هذا المدين إلا ما إتصل منها بشخصه خاصة أو ما كان منها غير قابل للحجز، ولا يكون إستعمال الدائن لحقوق مدينه إلا إذا ثبت أن المدين لم

---

١ – د. السنهوري، المرجع السابق، هامش رقم ١، ص ١١١.

٢ – تعرف الدعوى غير المباشرة بأنها "وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن من أجل حفظ حقه في الضمان العام بمباشرة جميع حقوق المدين المهمل لهذه الحقوق ضمن شروط معينة". أو "هي نظام قانوني يخول الدائن متى توافرت شروط معينة أن يستعمل بأسم مدينه حقوق هذا المدين إن لم يستعملها بنفسه ليدخل الحق المطالب به في الذمة المالية للمدين ويبقى بذلك ضامناً لحق الدائن. فالهدف الذي تهدف اليه هذه الدعوى إذن هو إتاحة الفرصة للدائنين لكي يحافظوا على الضمان العام لمدينهم كما ينبغي أن يكون لو إن هذا المدين قد إستعمل حقوقه بنفسه". أنظر على التوالي عبدالقادر الفار، أحكام الإلتزام، مكتبة دار الثقافة للجميع، عمان، ١٩٩٦، ط٣، ص ٨٣، د. جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، أحكام الإلتزام، ص ٢٠٦.

يستعمل هذه الحقوق وإن إهماله في ذلك من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعذار المدين ولكن يجب إدخاله في الدعوى".

فمن المعروف أن الضمان السنوي يعد حقا من حقوق صاحب العمل، لذا فان لدائني الأخير أن يباشروا بإسمه مطالبة المقاول بهذا الحق، وإقامة الدعوى غير المباشرة عليه، على أن يدخل صاحب العمل خصما في الدعوى. ولكن يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين (صاحب العمل) مهملاً ومقصراً في إستعمال هذا الحق، كما يشترط أن يكون هذا الإهمال من شأنه أن يؤدي الى إعساره، أو الزيادة في هذا الإعسار[1].

١- المرجع السابق، ص ٨٥.

المطلب الثاني

تطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث موضوعه

لقد أراد المشرع الفرنسي بهذا الضمان الموضوعي أن يشمل بالرعاية كل ما لم تدركه يد العناية في الضمان العشري وضمان كفاءة الاداء، فَيَلُمّ به كل ما شَرِدَ وخرج من نطاق تطبيق هذين الضمانين، من منشآت أو حتى عناصر أو أجزاء في تلك المنشآت، من أعمال تشطيب، أو عدم مطابقة، الى غير ذلك[1]. فقد حدد المشرع أن يمتد هذا الضمان ليشمل إصلاح جميع العيوب المشار اليها من قبل رب العمل بطريق التحفظات في محضر التسليم، أو بطريق الاخطار الكتابي بالنسبة لما ينكشف من هذه العيوب بعد التسليم، وأيا كانت أهميتها[2]. فقد نص صراحة على إن ضمان تمام الإنجاز يمتد ليشمل جميع العيوب أو الخلال التي تعين من قبل رب العمل عند التسلم أو بعده خلال فترة سنة منه. ويكفي لتطبيق أحكام هذا الضمان أن يتوافر مظهر الضرر أي الخلل دون حاجة للبحث عن أسبابه، بمعنى إنه دون الحاجة للبحث عما إذا كان يوجد خطأ من المقاول المعني أم لا[3].

وقد عمد المشرع الفرنسي الى السكوت عن تحديد الاعمال التي تشكل محل ورود أحكام هذا الضمان. ويجمع الفقه الفرنسي على أنه قد أراد بهذا السكوت أن يشمل هذا الضمان، العقار المشيد في مجموعه، لا فرق في ذلك بين عناصره التكوينية أو عناصره التجهيزية أو الإعدادية. وفي نطاق هذه الأخيرة، لا فرق في ذلك بين تلك التي لا تقبل الإنفصال عنه وتلك التي تقبله[4]. وفي ضوء ذلك يمكن القول أنه يعتبر محلا لورود أحكام هذا الضمان

---

١ – د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٤٠، وكذلك د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٤٢.

٢ – د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٤.

٣ – د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٥٢.

٤ – د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٣٨، ود. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٤٢، ود.عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

أي بناء مهما كان نوعه وتسميته، ومهما كان الغرض منه أو الوظيفة التي رصد لها، ومهما كانت المواد المستخدمة فيه سواء كانت من الخشب أو الطابوق أو غير ذلك، وأينما كان مكان تشييده. فترد أحكام هذا النظام على كل أعمال الهندسة المدنية أو العسكرية. وكذلك الملاعب الرياضية بمختلف أشكالها، وكل أعمال الإعداد والتهيئة والتجهيز للأرض من رصف الطرق وشق الترع والقنوات وحفر الآبار وإقامة الجسور ومد السكك الحديدية، الى غير ذلك مما يدخل في أعمال مقاولات المباني والمنشآت الثابتة[1].

لذلك نستطيع القول أن نطاق هذا الضمان يشمل جميع الاعمال التي تشكل محلاً لورود أحكامه، وأيضا جميع أنواع الأضرار التي تلحق برب العمل سواء كانت قبل أو عند أو بعد التسلم بسنة واحدة بشرط توافر الشروط القانونية التي حددها القانون. ولا يَهمُّ بعد ذلك درجة خطورة هذا الضرر أو الخلل أو العيب، سواء كانت فائقة أم طفيفة، فانها تخضع لأحكام هذا الضمان.

وإذا كنا قد تناولنا هذه العيوب في الفصل الثاني في معرض حديثنا عن الشروط الموضوعية لتطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة، فانما تم شرحها من زاوية كونها شروط موضوعية لازمة لتطبيق أحكام هذا الضمان ولا تنهض مسؤولية المقاول وفقاً لأحكامه دون تحقق هذه الشروط، أما في هذا المبحث فاننا سنتناولها من زاوية كونها عيوب وأعمال يغطيها هذا الضمان وتدخل في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكامه، وهي كما يلي:

١- جميع العيوب والأضرار والأعمال الداخلة في نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري. حيث يشمل نطاق الضمان العشري كما جاء بنص المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي حالة تهدم البناء وما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانته وسلامته، وعيوب عناصر البناء التجهيزية غير القابلة للإنفصال؛ وصلاحية البناء للغرض المشيد من أجله. فالتهدم

---

١ - د.عبدالرزاق حسين . ن، المرجع السابق، ١٠٣٩، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٧.

والعيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء وتلك التي تؤثر في متانة أحد عناصر البناء التجهيزية غير القابلة للإنفصال، والعيوب التي تؤثر على الغرض المشيد البناء من أجله، جميعها تدخل في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز، وبالتالي تقوم مسؤولية المقاول على وفق أحكام هذا الضمان إذا ما حصلت أية حالة من الحالات المذكورة آنفا. فأية عيوب تظهر في البناء أو أساسه أو منافعه أو سوره أو هيكله تكون مشمولة بأحكام هذا الضمان. وبرأينا أن هذا يمثل تداخلا في أحكام الضمانين، يؤثر على القيمة القانونية لهما، وينبغي معالجة ذلك كما سبق إن بينا.

٢- جميع العيوب والأضرار والأعمال الداخلة في نطاق تطبيق أحكام ضمان كفاءة الاداء. والأعمال التي تشكل موضوعا لضمان كفاءة الأداء حسبما جاء بنص المادة ١٧٩٢-٣ هي عناصر التجهيز القابلة للإنفصال أي التي يمكن فصلها أو نقلها أو إستبدالها بغيرها دون أن يصاب العمل الذي كانت تتصل به بضرر أو تلف أو رفع جزء من مادته التكوينية. ومن أمثلة ما يدخل في نطاق تطبيق ضمان كفاءة الاداء هو عيوب وأعطال الاجهزة الكهربائية والادوات الميكانيكية والكهربائية التي تلحق بالعقار المشيد لتجهيزه لتأدية وظيفته، والتي يركبها المقاول بالحالة التي تسلمها عليها دون إدخال أية تعديلات عليها، وطبقا للقواعد والتعليمات الموضوعة من قبل الصانع[1]. وهذا أيضا برأينا يشكل تداخلا في أحكام الضمانين ينبغي معالجته، كما بينا ذلك في الفصل الثاني[2].

٣- جميع العيوب والاضرار المتوسطة. وهي تلك العيوب الموجودة في البناء، والتي كانت خفية عند التسلم، ثم ظهرت بعد ذلك ولا تدخل ضمن نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري أو ضمان كفاءة الاداء. وهي عبارة عن عيوب فنية تتعلق بهيكل البناء إلا إنها لا ترقى الى تهديد سلامته أو متانته أو

١- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤١٩، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٥٩.

٢- أنظر صفحة ١٣٦ بشأن التداخل بين نطاق الضمان العشري ونطاق الإلتزام بالصيانة .

جعله غير صالح للغرض المخصص له. وسبب تسميتها بالمتوسطة هو لأنها تقع في منطقة وسط بين الضمان العشري وضمان كفاءة الأداء حيث لا يغطيها الاول لأنها لا تعرض متانة البناء للخطر، ولا يسري عليها الثاني لأنها لا تصيب العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال عنه بل العناصر التأسيسية في البناء، ومن أمثلتها الشروخ والتشققات في حوائط المبنى إذا اقتصر أثرها على تشويه المظهر الخارجي والإقلال مما كان يتسم به من طابع فني وجمالي[1]. وقد كانت هذه الأضرار تخضع لأحكام القواعد العامة، ولكن بعد صدور قانون ٤ يناير ١٩٧٨ أصبحت تخضع لأحكام ضمان تمام الإنجاز[2]. وقد إعتبر القضاء العراقي في أحد أحكام محكمة التمييز في ١٩٦٩[3] التصدعات والشقوق من قبيل التهدم الجزئي، أي إن المحكمة أقرت بقياس التصدعات والشقوق على التهدم الجزئي، وهي محاولة للتوسع في تفسير المادة ٨٧٠ مدني عراقي. والواقع أن الجزئية مسألة يقدرها قاضي الموضوع. فالتصدعات والشقوق وإن كانت قد لا تهدد متانة البناء، لكنها من المؤكد تخل بسلامته.

٤- لا تدخل عدم مطابقة الأعمال للمواصفات والشروط المنصوص عليها في العقد، في إطار الضمان العشري ولا ضمان كفاءة الاداء، لأنها لا تهدد متانة وسلامة البناء كما إنها لا تؤثر على العناصر التجهيزية فيه سواء كانت قابلة أو غير قابلة للإنفصال عنه. وقد سبق إن أوضحنا أن المشرع قد أراد بهذا الضمان (السنوي) أن يشمل فيه كل ما لم تدركه يد العناية في الضمانين السابقين، لذلك إذا ما لاحظ رب العمل عدم مطابقة الأعمال للمواصفات المطلوبة، فهل تدخل عدم المطابقة للمواصفات ضمن إطار

١- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق صفحة ٤١٩ و٤٤٢.

٢- د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٥٧.

٣- د. صلاح الدين الناهي، مجلة القضاء، بحث بعنوان طبيعة ضمان المهندسين المعماريين والمقاولين سلامة المباني والمنشآت الثابتة، العدد ٣، السنة ٣١، ١٩٧٦، صادرة عن نقابة المحامين العراقية، ص ٨٨.

الضمان السنوي، خاصة وإن النص لم يشر بالتحديد الى هذه الحالة صراحة؟ يرى الجزء الغالب من الشراح[1]، أنها تدخل في إطار النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز لأن المشرع قد نص في المادة ١٧٩٢-٦ على مفردة **desordres** وتعني الخلل، وحالة عدم المطابقة تقترب كثيراً من معنى الخلل في إنشاء الأعمال، لذلك إذا ما لاحظ رب العمل أو أحد مساعديه أو وكلائه حالة عدم مطابقة للمواصفات في العمل المتعاقد عليه، وذكر ذلك بشكل تحفظات في محضر التسليم أو بشكل إخطار كتابي الى المقاول حال إكتشاف عدم المطابقة وخلال السنة التالية للتسلم، فان هذه الأعمال تدخل في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان، ويجب على المقاول إصلاح عيب عدم المطابقة على وفق المواصفات المتفق عليها، بحيث يأتي العمل متطابقاً مع المواصفات المطلوبة. ويؤيد الباحث هذا الرأي.

٥- قد تظهر في العمل المتعاقد عليه بعض العيوب الطفيفة غير الجسيمة والتي لا تبرر لرب العمل رفض التسلم، كإهمال المقاول في بعض أعمال التشطيب البسيطة من دهان أو بياض أو زخرفة أو غير ذلك، هنا يستطيع رب العمل تقبل البناء ولكن مع ذكر تحفظاته في محضر التسلم. وعلى المقاول إصلاح جميع العيوب والخلال الواردة في هذا المحضر وفقاً لأحكام ضمان تمام الإنجاز. فهذه العيوب تدخل في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام الضمان السنوي.

٦- وتخضع أيضا العيوب المتعلقة بمدى كفاءة المبنى المخصص للسكن في عزل الصوت الخارجي، لأحكام ضمان تمام الإنجاز، حيث تنص المادة ٧ من قانون ٤ يناير ١٩٧٨ على الآتي:

---

1 -MALINVAUD et JESTAZ j.c.p. 1978 precite No 15; et rappr: CASTON p. 105 No 190

مقتبس من د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٤.

"عقود المقاولة المتعلقة بتشييد المباني السكنية تعتبر متضمنة بقوة القانون الإلتزام بمراعاة القواعد القانونية والتنظيمية في شأن توفير الحد الادنى المطلوب توافره في هذه المباني في مجال العزل الصوتي وإن الاعمال التي من شأنها وضع مثل هذه القواعد موضع التنفيذ تدخل في نطاق ضمان تمام الإنجاز المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢-٦ من التقنين المدني، ويعتبر البائع او الممول العقاري ضامنا في مواجهة الشاغل الاول لكل وحدة سكنية، لمطابقة هذه الوحدة لتلك القواعد، وذلك في خلال الستة أشهر التالية لتاريخ شغله لهذه الوحدة".

ويلاحظ من النص أن العيوب والخلال التي توجد في الاعمال اللازمة للوفاء بمقتضيات الحد الادنى من مجال العزل الصوتي في الابنية المعدة للإستعمال السكني، تدخل في نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز. وينبغي على المقاول إصلاح هذه العيوب سواء جاءت بشكل تحفظات ضمنها رب العمل في محضر التسلم أو بشكل إخطارات مكتوبة موجهة اليه اذا ما تم إكتشافها بعد تاريخ التسلم. وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة (L. 111-11) من قانون التشييد والإسكان الفرنسي[1] الحد الأدنى المطلوب تحقيقه في العزل الصوتي في الابنية المعدة للسكن.

وقد كانت أحكام القضاء الفرنسي متناقضة ومتضاربة بشأن العزل الصوتي، فمنها ما تدخلها ضمن نطاق الضمان العشري، ومنها ما تدخلها ضمن نطاق ضمان كفاءة الأداء أو المسؤولية العقدية، علما أن تقدير مسألة عدم صلاحية البناء للغرض المشيد من أجله كانت قبل صدور قانون ٤ يناير

١- نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على اللآتي: "L. 111-11

Les travaux de nature à satisfaire à ces exigences relèvent de la garantie de parfait achèvemen, visée à l'article 1792-6 du code civil reproduit à l'article L.

إن فشل الأعمال في تلبية هذه الشروط يثير ضمان تمام الإنجاز الوارد في المادة ١٧٩٢-٦ من القانون المدني والمنصوص عليه في الفقرة L. 111-19.

١٩٧٨، تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1]. وجاء المشرع الفرنسي في هذا القانون وحسم خلافا كبيراً في الفقه والقضاء بهذا الشأن، وأصبح على رب العمل سلوك طريق ضمان تمام الإنجاز في رجوعه على المقاول بالنسبة للخلل في العزل الصوتي، مهما كانت درجة خطورة أو بساطة الضرر المترتب عليه.

وقد جاء المشرع في نص المادة السابعة من القانون بإلتزام آخر فرضه على البائع والممول العقاري وجعلهما ضامنين للمقاول في تنفيذ إلتزاماته بشأن العزل الصوتي في مواجهة أول شاغل للوحدة السكنية. لكنهما وإن كانا ملتزمين بضمان العزل الصوتي كالمقاول، إلا أن مدة إلتزامهما مختلفة عن مدة إلتزام المقاول. فقد نص المشرع على أن تكون مدة إلتزامهما تجاه الشاغل الأول محددة بستة أشهر إبتداءا من تاريخ إشغال الساكن للوحدة السكنية. أما المدة التي يخضع فيها المقاول لهذا الضمان فهي سنة واحدة تبدأ إعتبارا من تاريخ تسلم رب العمل للبناء وليس من تاريخ إشغال الساكن له.

وقد أخرج المشرع الفرنسي في الفقرة السادسة من المادة ١٧٩٢-٦ بعض الأعمال من نطاق ضمان تمام الإنجاز. فقد نصت هذه الفقرة على الآتي:

"لا يشمل ضمان تمام الإنجاز الأعمال الضرورية اللازمة لعلاج آثار الإستهلاك أو الإستعمال العادي".

فعندما يصبح العقار في حوزة صاحبه، فانه يستغله بالطريقة التي يراها مناسبة. وتترتب على هذا الإستغلال بعض الآثار نتيجة الإستهلاك أو الإندثار بفعل القدم أو بفعل الإستعمال. ومن الطبيعي أنه إذا إستلم صاحب العقار عقاره خاليا من العيوب لكنه أحدث نتيجة إستخدامه للعقار أو إهماله في إجراء الصيانة الدورية عليه، بعض الآثار فانه يتحمل مغبة

---

[1] - د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٤٥، ود. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٩، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٤٣، ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

ذلك، ولكن شريطة أن تكون هذه الآثار طبيعية ناتجة من الإستعمال العادي له. والأساس القانوني لإخراج هذه الأعمال من نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز، هو أن البناء بعد التسلم يصبح تحت حراسة صاحبه ومن ثم يكون مسؤولا عن صيانته، ما دام أن من حقه إستخدامه منذ أن وضع يده عليه[1]. أما إذا كان إستعماله للعقار غير عادي، فالأولى أيضا ألا يُسأل المقاول عن الآثار التي تظهر نتيجة ذلك، بل يتحمل رب العمل نتيجة خطأه. ويرى بعض الشراح[2]، أن المشرع قد طبق هنا قاعدة "الغرم بالغنم"، فكما أن صاحب العمل يحوز العقار ويستخدمه، كذلك عليه أن يتحمل تبعة إستعماله. ولكن متى ما ظهرت عيوب خلال السنة التالية من التسلم لا يرجع سببها الى الإستعمال العادي، وإنما نتيجة عيب جوهري في البناء، فان إصلاح مثل هذه العيوب يدخل في رأينا ضمن نطاق تطبيق أحكام الضمان السنوي، ويتحمل المقاول مسؤولية علاجها.

ويوجه بعض الشراح الإنتقادات لهذا النص. فيصفه بعضهم بأنه حشو فارغ من المشرع ولا حاجة إليه[3]، بينما يشير البعض الآخر[4] الى أنه سيثير الكثير من النزاعات خاصة إذا ما إدعى المقاول أن سبب العيوب هو إساءة إستعمال رب العمل للبناء، في حين يتمسك رب العمل بأن إستعماله كان عادياً جداً. ورغم وجاهة هذه الإنتقادات، إلا أن الباحث يرى إن عدم النص على مثل هذه الأعمال، سيخلق المزيد من النزاعات، وسيعدم التوازن بين الطرفين، ويقود الى أن يسيء رب العمل إستعمال العقار طالما يكون المقاول مسؤولا عن إصلاح العيوب التي يتسبب بها الأول، وهو أمر لا يتفق مع قواعد العدالة.

---

١ – د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٥. ود. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٤٠، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٧١.

٢ – د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ، ود. عمرو طه محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٤٠.

٣ – د. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، هامش رقم ٩٥، ص ١٠٧١.

٤ – د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٥.

وقد أشارت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية في المادة ٥٠-٢-أ الى حالة الإستهلاك أو الإستعمال العادي عندما نصت:

"من أجل أن تكون الأعمال مطابقة من جميع النواحي لمتطلبات المقاولة، بإستثناء الإندثار المعقول أثناء مدة الصيانة فقط، وبحالة جيدة تحوز رضاء المهندس، يجب على المقاول بناء على كشف يجريه المهندس أو من ينوب عنه قبل إنتهاء مدة الصيانة أن يقوم بجميع التصليحات والتعديلات..".

ومن هذا النص يتضح أن حالة الإندثار المعقول لا تدخل في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان. وبالمفهوم المخالف فان الإندثار غير المعقول يدخل في نطاق هذا الضمان.

المبحث الثاني

الإتجاهات الفقهية بشأن الطبيعة القانونية

لضمان الإلتزام بالصيانة وأساسه القانوني

بعد إن تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل الشروط القانونية لتطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة ثم النطاق الموضوعي والشخصي لتطبيق أحكامه، ولغرض الإحاطة بجوهر هذا الضمان لا بد من إجراء التكييف القانوني له. ويقصد بالتكييف القانوني له بيان جوهر هذا الإلتزام ومفهومه وتحديد أساسه لتوضيح صورته ونطاق دائرته في القانون. ولغرض الوقوف على التكييف القانوني له، لا بد من دراسة طبيعته القانونية والأساس الذي يستند عليه ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام. وهذا ما ستتناوله في المطالب الثلاثة التالية.

المطلب الأول

الإتجاهات الفقهية بشأن الطبيعة القانونية لضمان الإلتزام بالصيانة

إن البحث عن الطبيعة القانونية للضمان السنوي يشكل أهمية كبيرة من الناحية العملية نظرا لان أحكام هذا الضمان لم تستقر بعد خاصة في التشريعات العربية، حيث ظل القضاء مسؤولا عن ترتيبها بناءً على التكييف الذي يعطيه له. وتبدو الأهمية أكبر عند الحديث عن الجزاء المقرر له، أي عند تحديد نوع التعويض ومداه.

فالغاية من دراسة الطبيعة القانونية لضمان الإلتزام بالصيانة هي معرفة ماهيته وتحديد مضمونه عن طريق دراسة عناصر وجوده وأسباب إكتمال كيانه. ولفهم طبيعته، يجب معرفة سبب ضمان المقاول لما يتكشف من عيوب في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى رغم إنجازه العمل وتسليمه إياه لصاحبه. فالقاعدة العامة في العقود هي أن أي إلتزام عقدي ينقضي بمجرد تنفيذه. إذن فالأصل في عقد المقاولة أن جميع الإلتزامات المترتبة بموجبه تنقضي بمجرد إنتهاء العمل وتنفيذ هذه الإلتزامات. إن معرفة سبب الضمان السنوي للمقاول هو الذي يكشف لنا فيما إذا كانت طبيعته عقدية منشؤها العقد أو عقدية قررها القانون أو تقصيرية منشؤها الفعل الضار أو قانونية منشؤها نص القانون. سنحاول في الفروع الخمسة التالية توضيح الإتجاهات الفقهية في هذا المجال ورأي الباحث بشأن الإتجاه الأوفق.

الفرع الأول

الإتجاه الفقهي القائل بأن الإلتزام بالصيانة إلتزام عقدي

لا تختلف الطبيعة القانونية لضمان تمام الإنجاز في القانون الفرنسي كثيرا عن الطبيعة القانونية للضمان العشري. فيرى معظم الفقه الفرنسي[1] الى أن إلتزام المقاول بالضمان إنما هو إلتزام عقدي ناجم عن عقد المقاولة. فالضمان يقوم على أساس المسؤولية العقدية، ذلك لأنه لا يمكن أن يقوم بدون ذلك العقد.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بصفة مستقرة الى أن دعوى الضمان تقوم على المسؤولية العقدية، لأنها تنشأ نتيجة الإخلال بإلتزامات مترتبة على عقد المقاولة[2].

كما لا تختلف الطبيعة القانونية لضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل عنها في الضمان العشري في القانون المصري. فكلا النصين (المادة ٦٥١ مدني مصري والمادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية) يبدآن بعبارة "يضمن المقاول...". فيرى الفقه المصري أيضا أن مسؤولية المقاول، ما هي إلا مسؤلية عقدية[3]. حيث يقول الشراح: "أن المقاول يكون مسؤولا عن جودة العمل، فيكون مسؤولاً عن كل عيب في الصنعة، وهذه المسؤولية هي لا شك مسؤولية عقدية، لأنها تقوم على إلتزام عقدي أنشأه عقد المقاولة، وهذا يصدق أيضا على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة في الأرض، فهي كسائر

١- أنظر في هذا الشأن محمد جابر الدوري، المرجع السابق، هامش رقم ١، ص ٤٣ والمراجع التي أشار اليها، وكذلك د. السنهوري، المرجع السابق، جـ ٧ ، ص ١٦٨، ود. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

٢ – نقض مدني فرنسي في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١– دالوز ١٩٣١، ص ٥٦٩. وأنظر أيضا د. ياقوت. المرجع السابق، مسؤولية المعماريين، ص ٢٩٤.

٣ – د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٤٩٦، ود. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧١، ص ١٦٧، واحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص ٢١٦.

المقاولات تنشيء إلتزاما في ذمة المقاول أن تكون المنشآت خلية من العيب، فإذا ظهر فيها عيب تحققت المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس"[1].

كما قضت محكمة النقض المصرية بالآتي:

"إن ضمان المقاول لتهدم البناء والعيوب التي تظهر فيه، أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١ و٦٥٢ من القانون المدني. فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل الى المقاول بعمل لقاء أجر. فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المقاول قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية"[2].

كما قضت في حكم آخر لها بالآتي:

"أن ضمان المقاول أساسه عقد يبرم بينه وبين صاحب العمل يستوجب مسؤوليته عن عيوب التنفيذ"[3].

ويرى أصحاب هذا الرأي أن التسليم وإن رتب بعض الآثار القانونية، إلا أنه لا يغير من طبيعة العلاقة بين المقاول ورب العمل. فالعقد الذي يحكم هذه العلاقة، لا ينتهي بالتسليم، لأن التسليم يعتبر واقعة وليس تصرفا قانونياً، والعقد ينطوي على مرحلتين: مرحلة تنفيذ الإلتزام، ومرحلة الضمان، أي التأكد من حسن أداء هذا التنفيذ، فالضمان يعتبر من ملحقات هذا التنفيذ[4]. ويرون أيضا أن التسليم لا يغطي إلا العيوب الظاهرة، أما العيوب الخفية في جميع المقاولات فلا تغطى بالتسليم، ويبقى المقاول مسؤولا عن عيوب الصنعة طيلة المدة التي يقضي بها العرف. وفيما يتعلق بمقاولات

١- د. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧١، ص ١٦٧.

٢ - نقض، ١٩٧٥/٥/٣١، س ٢٦، ص ١٠٤٨.

٣- نقض، ١٩٧٣/١١/٢٧، س ٢٤، ص ١١٤٦.

4 -Civ. 10 dec. 1963, G.P. 1964. 1. 260.

B. Boubli, le point de la juris prudence sur la responsabilite des architeces et des entrepreneurs,J.C.P. 1975. 2721 Soinne, op. Cit, p. 288.

مقتبس من د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٤٣.

المنشآت الثابتة، فان المشرع، نظرا لأهميتها لم يتركها خاضعة للعرف، وإنما جعلها خاضعة لمدة ضمان خاصة، وذلك لإختبار متانة البناء وصلابته"[1].

أما في القانون العراقي، فرغم أن أحكام الضمانين العشري والإلتزام بالصيانة قد جاءت مختلفة، حيث إعتبر المشرع في المادة ٨٧٠ مدني عراقي أحكام الضمان العشري من النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على الإعفاء أو الحد منها، لكن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية التي جاءت بضمان الإلتزام بالصيانة، لم تعتبر أحكام هذا الضمان من النظام العام، إذ أجازت هذه الشروط الإتفاق على تخفيف أو الإعفاء من هذا الضمان (المادتين ٤٩ و٥٠)، لكن الباحث يرى أن الطبيعة القانونية لكليهما هي طبيعة عقدية. وسنوضح أسبابنا لهذا الإستنتاج في المطلب الخامس من هذا المبحث.

ويعارض بعض الشراح[2] هذا الرأي، ويسوقون عدداً من الحجج أهمها:

١- إن إعتبار مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان مسؤولية عقدية يرتب نتائج مهمة على رأسها أنه يفترض على رب العمل لغرض مساءلة المقاول أن يثبت وجود عقد المقاولة الذي يحدد إلتزاماتهما، وكذلك أن يثبت ظهور العيب في البناء، أما المقاول فعليه أن يثبت أنه قام بالعمل وفقا لما تقضي به شروط العقد. في حين في ضمان المقاول قيد هذا البحث، فلا يلتزم رب العمل إلا بإثبات وجود العيب أو التهدم وفقا لما تقضي به المادة ١٧٩٢-٦، وليس أمام المقاول سوى إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية. ولا يكلف صاحب العمل بإثبات أي خطأ في جانب المقاول. وهذا ليس من طبيعة المسؤولية العقدية التي توجب إثبات الخطأ العقدي والضرر ورابطة السببية[3].

٢- تقوم المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة على مسألة عدم تنفيذ

---

١ - د. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٧، ص ١٥٣.

٢- أنظر محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٤٤، وكذلك محمد عبدالرحيم عنبر، المرجع السابق، ص ١٥٧.

٣- محمد عبدالرحيم عنبر، المصدر السابق، ص ١٥٧.

المدين لإلتزاماته التعاقدية، بينما لا يوجد في العقد ما يدل على إتفاق الطرفين على مدِّ مسؤولية المقاول الى ما بعد إنجاز المباني وتسلمها مقبولة من قبل رب العمل، وهذا ينفي كون إلتزام المقاول بإصلاح العيوب إنما يستند الى العقد المبرم بين الطرفين[1].

٣- لو كانت مسؤولية المقاول على وفق هذا الضمان مسؤولية عقدية، لجاز الإتفاق على الإعفاء منها، لكن التشريعات ذات العلاقة تبطل كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذه المسؤولية[2].

٤- لو تضمن عقد المقاولة شرطا جزائيا، ثم نفذ المقاول العمل وسلمه مقبولا لرب العمل، وبعد ذلك ظهرت بعض العيوب في البناء. في هذه الحالة فان مطالبة المقاول بالشرط الجزائي، هي أمر غير وارد، لأن العقد قد إنتهى والتسليم قد تم، فلم يبق مجال للمطالبة به. وهذا يدل على أن المسؤولية ليست عقدية[3].

٥- إن مدة الضمان هي مدة تجربة وإختبار لمتانة وسلامة البناء، وليست مدة تقادم أو سقوط. لهذا فانها تسري حتى على ناقص الأهلية، وهذا يدحض القول بأن مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان هي مسؤولية عقدية لأن مساءلة ناقص الأهلية غير ممكنة في نطاقها[4].

٦- إن نزول المقاول الأصلي عن المقاولة لمقاول آخر لا يعفيه من هذه المسؤولية، وهذا ليس من طبيعة المسؤولية العقدية، لأن نزول المقاول الأول عن إلتزاماته العقدية لمقاول آخر ليس له أثر في تحقق مسؤولية المقاول الأول[5].

لكل هذه الأسباب ينكر المعترضون أن تكون مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان هي مسؤولية عقدية.

---

١ - أنظر في هذا المعنى كلا من محمد عبدالرحيم عنبر، المصدر السابق، ص ١٥٨ ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٤٥. .

٢- محمد عبدالرحيم عنبر، المصدر السابق، ص ١٥٨. ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٤٥.

٣- أنظر في هذا المعنى المصدرين السابقين ص ١٥٩ و ٤٦ على التوالي.

٤- السنهوري، المرجع السابق، ص ١٣٤، وكذلك د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ٥٠٨.

٥ - محمد عبدالرحيم عنبر، المصدر السابق، ص ١٥٩.

الفرع الثاني

الإتجاه الفقهي القائل بأن الإلتزام بالصيانة إلتزام عقدي قرره القانون

تذهب بعض الآراء الفقهية الفرنسية[1] الى القول أن مسؤولية المقاول وإن كانت مسؤولية عقدية، إلا أن الشارع قد مدّ مسؤولية المقاول لفترة محددة لما بعد التسلم. ولولا تدخل المشرع، لأعتبر الإلتزام منتهيا. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في نفس الإتجاه، فقررت في أحد أحكامها:

"إن المقاول يكون مسؤولا عن أية خسارة في البناء بمقتضى نص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الذي لا يطبق إلا على الأشخاص المرتبطين مباشرة برب العمل بعقد"[2].

ويرى بعض الفقه المصري[3] أن القانون قد مدّ ضمان المقاول الى ما بعد تسلم المباني ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من إنقضاء الإلتزام بالضمان بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ومسؤوليته تكون عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء سواء نص عليها في العقد أو لم ينص عليها. وليس للمالك أن يطلب في كل الأحوال الإصلاح العيني لأن الأمر ليس متعلقا بتنفيذ الإلتزام التعاقدي، إذ أن المقاول قد أوفى به وسلم العمل، بل هو متعلق بضمان إضافي خوله القانون[4].

---

1 –Maurice Andre Flame & Jacques Lepaff, Le Contrat d'entrepreneurs, p. 337.مشار اليه في رسالة محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٤٨

٢ – نقض فرنسي في ١٩٦٥/٤/٥؛ مشار اليه في رسالة محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٤٨.

٣ – أنظر بهذا الشأن د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٤٩٦، وكذلك محمد عبدالرحيم عنبر، ص ١٦٠.

٤ – د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص ٤٩٦-٤٩٧.

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء ما يلي:

"إن مسؤولية المقاول عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا للمادة ٤٠٩ مدني (قديم) لا يمكن إعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية ولا يمكن كذلك إعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواء نص عليها في العقد أو لم ينص، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية، فانها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح"[1].

ويرى الباحث أن الإلتزام إما أن يكون قانونياً أو عقدياً، ولا يستقيم القول بأنه إلتزام عقدي بنص القانون إلا إذا كان القصد من ذلك القول أنه إلتزام قانوني ناشيء عن نص قانوني. فإذا رتب القانون إلتزاما معينا، وجب تنفيذه لأن القانون هنا سيعتبر المصدر الأساس لهذا الإلتزام. ففي حالة الضمان السنوي فان القانون هو الذي أنشأ هذا الإلتزام وحدد نطاق تطبيقه الموضوعي والشخصي ورسم مداه ورتب أحكامه. فعندما ينشيء النص القانوني إلتزاما معينا، يكون هذا الإلتزام قانونيا.

١- نقض مدني ٥ يناير ١٩٣٩، مجموعة عمر، جـ٢، رقم ١٥٤، ص ٤٥٣.

الفرع الثالث

الإتجاه الفقهي القائل بأن الإلتزام بالصيانة إلتزام ناشيء عن خطأ تقصيري

لقد ذهب القضاء الفرنسي في البداية الى إعتبار ضمان المقاول ذا طبيعة تقصيرية، لأنه لا يستند الى الإخلال بإلتزام ناشيء عن عقد المقاولة والذي يكون قد إنتهى بتسليم البناء ولكنه يستند الى الإخلال بالواجب العام المتمثل في عدم الأضرار بالآخرين[1]. فقد كان يرى مسؤولية المقاول عن أضرار البناء هي مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ. والسبب الذي حدا بالقضاء الفرنسي الى تبني هذا الرأي، هو أن ضمان المقاول لجودة العمل، وهو الضمان القائم على المسؤولية العقدية، ينتهي بالتسليم. ولأن التسليم حسبما يرى القضاء الفرنسي، يغطي كل العيوب التي تظهر بعده، فان الإلتزام التعاقدي الذي ينتهي بالتسليم، إنما هو إلتزام تقصيري[2].

إلا إن القضاء الفرنسي قد عدل عن هذا الرأي، وإعتبر ضمان المقاول ذا طبيعة تعاقدية. ويؤيده في ذلك معظم الفقه. ولم يبق لهذا الرأي من أنصار. وقد وجهت اليه عدة إنتقادات[3] منها:

١- يشترط في المسؤولية التقصيرية أن يكون هناك خطأ في جانب المقاول، يتمثل في تقصيره أو إهماله في أعمال البناء أدى الى حصول التهدم أو ظهور العيب فيه. أما مسؤولية المقاول وفقاً لأحكام هذا الضمان فتقوم

---

1 –Civ. 15 Juin 1863 D. 1963, I , 421

مقتبس من د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٤٣.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٣٣.

٣- أنظر بهذا الخصوص محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٥١، ومحمد عبدالرحيم عنبر، المرجع السابق، ص ١٦٣.

على خطأ مفترض[1] وهو مخالفة القانون، ولا يمكن نفي هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

٢- هناك فروق جوهرية بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية. ففي دعوى المسؤولية العقدية لا يعوض الدائن إلا عن الضرر المتوقع، أما في دعوى المسؤولية التقصيرية، فيعوض عن أي ضرر مباشر ولو كان غير متوقع. ولا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليتين للرجوع على المدين. فهو من جانب يطالبه بإثبات أنه قد قام بتنفيذ إلتزامه، وهذا من خصائص المسؤولية العقدية، ومن جانب آخر يطالبه بتعويض الضرر غير المتوقع وهو من خصائص المسؤولية التقصيرية. والدائن لا يستطيع إلا إن يرفع إحدى الدعويين. أما الدعوى التي يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين، فهي ليست بالدعوى العقدية، ولا بالدعوى التقصيرية، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون[2].

٣- لا يشترط في العيب الذي يسأل عنه المقاول وفق القواعد الخاصة أن يكون قديما، بمعنى أنه لا يشترط أن يكون موجوداً قبل إنجاز العمل وتسليمه لصاحب العمل. وهذا على خلاف ما توجبه القواعد العامة التي

١- إن هدف أي مشرع من إقامة المسؤولية على خطأ مفترض هو تخفيف عبء الإثبات عن المضرور، ولتحقيق ذلك أوجد لمصلحته قرائن قانونية تعفيه من وجوب إثبات الخطأ على سند من أن المسؤولية تعتبر في هذه الأحوال مفترضة، أو أنها ترتكز على أساس إفتراض الخطأ أو إفتراض السببية. فدفع المسؤولية إنما يكون بأحد أمرين: إما بنفي الخطأ وإما بنفي علاقة السببية. والخطأ المفترض ذو شقين، أحدهما قابل لإثبات العكس، والآخر غير قابل لذلك. وفي الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس يستطيع المدين نفي الخطأ بالإثبات بأن سبب الضرر لا يرجع لإهماله أو تقصيره وإنما لسبب آخر. أما في حالة الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، فلا يستطيع المدين نفي الخطأ. فالخطأ مفترض، وهذا الإفتراض لا يقبل إثبات العكس، ولا يستطيع المدين دفع المسؤولية عنه إلا بنفي علاقة السببية وذلك بإثبات السبب الأجنبي. أنظر في هذا المجال، د. السنهوري، جـ١، المرجع السابق، ص ٨٤٣، وكذلك المستشار عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص ٢٥٨، ود. عباس الصراف، المسؤولية عن فعل الغير في القانون المصري، (بلا دار نشر ولا سنة طبع)، ص ٧٩.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ١، ص ٧٥٧.

تقضي بأن الضمان لا يتحقق إلا إذا كان العيب موجوداً قبل التسليم أو كانت جرثومته موجودة قبل التسليم[1]، فعندئذ تقوم مسؤولية المقاول عنه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

٤- تتحقق المسؤولية التقصيرية حين يرتكب شخص خطأً يسبب ضررا للغير، فالدائن المضرور أجنبي عن المدين، ولا يرتبط معه بعقد. بينما من شروط المسؤولية العقدية أن يقوم عقد صحيح بين الدائن والمدين، وأن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد[2].

٥- تبقى مسؤولية المقاول وفقاً للقواعد الخاصة قائمة إذا بقي سبب التهدم او ظهور العيب مجهولاً[3]، ويرجع ذلك الى أن هذه المسؤولية مبنية على خطأ مفترض وهو مخالفة القانون، ولا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي. وفي المسؤولية التقصيرية، يكون على المتضرر أن يثبت وقوع الخطأ من المتسبب بالضرر. فإلتزام المقاول بضمان الخلل والعيب هو إلتزام بتحقيق غاية، لا إلتزام ببذل عناية. فيكفي ان يثبت رب العمل انه تعاقد بموجب عقد مقاولة مع أحد المقاولين لبناء مبان أو منشآت ثابتة، وإنه ظهرت فيها عيوب خلال المدة القانونية للضمان، حتى يترتب هذا الضمان على كاهل المقاول. ولا حاجة له لأن يثبت خطأ المقاول، إذ أن العيب هو ذاته الخطأ. ولا تنتفي مسؤولية المقاول الا بإثبات السبب الأجنبي. فإثبات القوة القاهرة ينفي الضمان. أما إثبات خطأ رب العمل فلا ينفي الضمان في كل الاحوال، إذ أن من واجب المقاول تنبيه رب العمل بخطأه، بل عليه ان يرفض تعليمات الاخير اذا كانت خاطئة. في حين تقضي القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أن يتحمل المقصر نتيجة خطأه.

وقد رفضت محكمة النقض المصرية هذا الإتجاه الذي يعتبر مسؤولية

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٧.

٢- محمد عبدالرحيم عنبر، المرجع السابق، ص ١٦٥.

٣- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٥.

المقاول مسؤولية تقصيرية بشكل قاطع وصريح حيث جاء في أحد أحكامها ما يلي:

"مسؤولية المقاول والمهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا للمادة ٤٠٩ مدني (قديم) لا يمكن إعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة او شبه جنحة مدنية..."[1].

لهذه الأسباب لا يمكن أن تبنى مسؤولية المقاول وفق ضمان الإلتزام بالصيانة على أساس الفعل الضار، كما إن القضاء الفرنسي قد عدل عن إعتبارها كذلك وإتجه الى إعتبارها مبنية على أساس الإخلال بتنفيذ الإلتزام الناشيء عن عقد المقاولة بين صاحب العمل والمقاول.

---

١ - مدني ٥ يناير ١٩٣٩، مجموعة عمر، جـ٢ رقم ١٥٤، ص ٤٥٢.

الفرع الرابع

الإتجاه الفقهي القائل بأن الإلتزام بالصيانة

إلتزام قانوني ناشيء عن نص القانون

يرى بعض الفقه[1] أنه ما دام العقد الذي يربط المقاول برب العمل قد إنتهى بالتسليم... وما دام التسليم يسقط جميع العيوب التي تظهر في البناء فيما بعد، فان إلتزام المقاول بضمان هذه العيوب ليس مصدره العقد الذي إنتهى بأنقضاء الإلتزامات المتولدة عنه، وإنما هو إلتزام قانوني أوجبه القانون رعاية لرب العمل نظرا لخطورة المباني والمنشآت الثابتة ووجوب إختبار صلابتها ومتانتها فترة من الزمن. فهم يرون أنه نتيجة لإعتبارات إجتماعية وإقتصادية هامة، إرتأى المشرع أن يشمل بحمايته الأعمال وأصحاب الأعمال بأن جعل المقاول مسؤولا عن كل خلل أو عيب مسؤولية تامة خلال فترة الضمان التي نص عليها القانون، وذلك من أجل حثه ليكون أكثر حرصاً في مراعاة القواعد الفنية والمهنية السليمة في التنفيذ، خاصة وإن رب العمل غالبا ما يكون جاهلا بأمور فن البناء بخلاف المقاول المحترف. لذلك رتب المشرع هذه المسؤولية على المقاول، ورسم حدودها، ووضع أحكامها. ويسوق أصحاب هذا الرأي[2] جملة من الحجج التي تدعم رأيهم، منها:

١- لو كانت المسؤولية عقدية لطبقت على العلاقة بين المقاول والمقاول من الباطن، ما دامت هذه العلاقة عقدية أيضا. ولكنها مسؤولية قانونية محددة بنص خاص لحماية مصلحة معينة، ومقررة لإعتبار معين، ويقتصر تطبيقها على النطاق الذي توخاه المشرع[3].

١- بلانيول وريبير وروأست جـ١١، فقرة ٩٤٧، مشار اليه في د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، فقرة ٧١، ص ١٦٨ وكذلك محمد عبدالرحيم عنبر، المصدر السابق، ص ١٦٧ ومحمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٥١.

٢- محمد جابر الدوري المرجع السابق، ص ٥٣.

٣- المرجع نفسه، ص ٥٣.

٢- في المسؤولية العقدية، يُسأل المدين عن الضرر المباشر المتوقع (مادة ١٦٩ مدني عراقي والمادة ٢٢١ مدني مصري)، إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم فانه يُسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع. أما في مسؤولية المقاول، فانه يُسأل عن الضرر المباشر المتوقع منه وغير المتوقع. وقد جاءت العديد من الأحكام القضائية في مصر وفرنسا تؤيد ذلك، منها على سبيل المثال إلقاء المسؤولية عن تهدم البناء تحت تأثير ضغط مياه المطر، على عاتق المقاول، حتى لو كانت هذه الأمطار غزيرة لدرجة غير عادية لا سيما إذا كان البناء منخفضا عن مستوى الشارع[1]. فالقضاء المصري كان يسائل المقاول عن الخلل الذي يصيب المباني حتى لو كانت راجعة لأسباب لم تدر بخلد كل من العاقدين أي لأسباب لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد. وهذا يدل على أن مسؤولية المقاول ليست عقدية وإنما قانونية.

٣- لو كانت هذه المسؤولية عقدية، لما سرت على ناقصي الأهلية، بل هي مسؤولية قانونية لا يشترط فيها أية أهلية لتحمل الإلتزامات الناشئة عنها.

٤- تقوم المسؤولية العقدية على أركان منها الخطأ، أما الضمان فيترتب على إلتزامات يتحملها المدين ويتحمل تبعة عدم تحقيقها وإن لم يخطيء.

٥- إن مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان هي مسؤولية إستثنائية، بينما تكون المسؤولية العقدية مسؤولية أصلية بسبب ما لها من قواعد عامة مقررة.

لكل هذه الأسباب يرى أصحاب هذا الرأي أن مسؤولية المقاول عن التهدم والعيوب هي مسؤولية قانونية بحتة مصدرها القانون وحده، وإنها تترتب عند الحد الذي تنتهي فيه المسؤولية العقدية، فتبدأ بالسريان حتى إنتهاء المدة التي قررها القانون.

١- إستئناف مختلط ١٩٠٣/٦/٢٤ م١٥ ص ٣٦، ١٩١٤/١/٢٢ م ٢٦ ص ١٦٩.

الفرع الخامس

الرأي المناسب من وجهة نظر الباحث

يتفق الباحث مع ما طرحه من حجج أصحاب الرأي القائل بأن مسؤولية المقاول هي مسؤولية عقدية وأنها ليست تقصيرية وليست عقدية بموجب نص القانون. ويختلف مع من ينكرون الطبيعة العقدية للضمان السنوي ويرون أنها طبيعة قانونية بحتة، وذلك لجملة من الأسباب نذكر منها ما يلي:

١- إن القول بأن عقد المقاولة ينتهي بالتسلم، وتنتهي معه الإلتزامات التعاقدية، لذلك لا يمكن القول أن مسؤولية المقاول هي مسؤولية عقدية، هو قول مردود، لأن التسلم لا يضع حدا نهائيا للعقد، لأنه لا يبريء ذمة المقاول إلا عن العيوب الظاهرة فقط، أما العيوب الخفية التي لم يكتشفها رب العمل أو لم يكن بإمكانه إكتشافها حتى لو بذل عناية الرجل المعتاد فانها تبقى من مسؤولية المقاول، شأن هذا الأمر شأن مسؤولية البائع عن العيوب الخفية حيث لم يقل أحد أن تسليم المبيع ينهي العلاقة العقدية بين البائع والمشتري. فالإستلام لا يعني تنازلا من جانب رب العمل عن كل ضمان بالنسبة للعيوب التي يجهلها[1]. وما هذا الضمان إلا جزاء للإخلال بتنفيذ عقد المقاولة، لذلك فان هذا الضمان ذو طابع عقدي.

٢- إن تحديد المشرع للنطاق الموضوعي لهذا الضمان، لا يعني أنه يسمح بالإخلال بالإلتزامات التعاقدية، في خارج حدود هذا النطاق، مما يشير الى أن أصل الضمان هو الطابع العقدي.

٣- لقد وضع المشرع في العديد من العقود بعض القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، ولم ترفع هذه القواعد السمة العقدية من هذه العقود، ولم يحتج أحد بأن المسؤولية المترتبة على الإخلال بها هي مسؤولية غير عقدية.

١- د. مصطفى رجب، المرجع السابق، ص ٩٢.

٤- لقد سار القضاء سواء في مصر أو العراق أو فرنسا على نهج مؤداه أن مسؤولية المقاول يمكن أن تنعقد وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية بالنسبة للعيوب التي لا تهدد متانة البناء وسلامته، مما يؤكد على أن مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان هي مسؤولية عقدية.

٥- إن مضي المدة المحددة بموجب القانون لهذا الضمان، لا يعفي المقاول من كل مسؤولية أخرى عن الأعمال التي قام بها أو أشرف عليها إعمالا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

٦- لقد كان المشرع الفرنسي على دراية تامة بنهج القضاء المستقر بشأن مسؤولية المقاول وإعتبارها مسؤولية عقدية وذلك عندما وضع قانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٨ والذي خصصت المادة ١٧٩٢-٦ منه لضمان تمام الإنجاز، لكن المشرع لم يعلن رفضه أو إنكاره لما سار عليه القضاء. وهذا يدل على إنه إنما أراد أن يستمر القضاء في السير على نهجه السابق.

٧- لقد إستقر القضاء المصري ومنذ زمن القانون المدني القديم وحتى الآن على إعتبار الضمان الخاص بالمقاول إنما يقوم على المسؤولية العقدية لأنه يستند الى الإخلال بإلتزام عقدي أنشأه عقد المقاولة في ذمة المقاول بأن تكون المباني المشيدة خالية من العيوب. فإذا إنهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسؤولية العقدية للمقاول. وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا الإتجاه في حكم لها في ٥ يناير ١٩٣٩[١].

٨- أما بالنسبة الى القول أنه في المسؤولية العقدية يتحمل المدين الضرر المباشر والمتوقع أما في مسؤولية المقاول فانه يتحمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، فهو قول لا ينسجم مع نص المادة ٨٧٢ مدني عراقي التي لم

١- أنظر نص الحكم في ص ٢٢٠ من هذه الدراسة.

تجز صراحة التعويض عن الأضرار التي ترجع الى أسباب غير متوقعة. حيث تنص: "يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التي إنكشفت فيها عيوب البناء إنما نشأت عن أسباب غير متوقعة وقت إقامة البناء". مما يعني أن القانون المدني العراقي لا يبيح تصوير ضمان المقاول خارج نطاق المسؤولية العقدية.

٩- إن الأخذ بالرأي القائل ان ضمان المقاول هو ذو طبيعة قانونية يعني أنه لا يجوز الرجوع عليه بالمسؤولية بسبب ما يحدث في البناء خارج النطاق المحدد لهذا الضمان من عيوب أو خلل ولو ثبت خطأ المقاول، بل ولو كان راجعا الى مخالفة عمدية لشروط ومواصفات العقد. وهذا لا يستقيم مع قصد المشرع بتوفير الحماية القانونية لرب العمل ولا بتحقيق أسس العدالة.

١٠- إن وضع المشرع لأحكام خاصة لمسؤولية المقاول، لا ينفي عنها السمة العقدية، فهو إنما أراد أن يضع قرينة قانونية على مسؤولية المقاول لإعتبارات خاصة تتعلق بأهمية الأبنية والمنشآت الثابتة.

١١- إن مسؤولية المقاول بموجب ضمان الإلتزام بالصيانة هي مسؤولية مضافة الى مسؤولياته بموجب القواعد العامة، فإذا ما تخلف أحد شروطها، تعود مسؤولية القواعد العامة الى مجالها الطبيعي. وقد أراد المشرع بالنص على هذا الضمان إنما هو مجرد لوضع قرينة خاصة على مسؤولية المقاول.

١٢- يحدد الفقه أنواع المسؤولية المدنية بالنسبة الى مصدر الإلتزام الذي ترتبت على عدم تنفيذه بأنها إما أن تكون مسؤولية عقدية أو غير عقدية (تقصيرية)، فتترتب الأولى على عدم تنفيذ الإلتزام الناشيء عن العقد على الوجه المتفق عليه. أما المسؤولية غير العقدية أو التقصيرية فهي تقوم على إلتزام قانوني مصدره نص القانون يقع على عاتق المسؤول بتعويض المضرور دون علاقة عقدية بينهما. أما المسؤولية القانونية فيرى الباحث أنها تتداخل

مع المسؤولية التقصيرية من حيث أن مصدرها نص القانون، وقد سبق بيان أسباب عدم إعتبار مسؤولية المقاول مسؤولية تقصيرية.

مما تقدم يرى الباحث أن طبيعة مسؤولية المقاول بموجب الضمان السنوي هي طبيعة عقدية وقد وضع المشرع أحكامها وحدد شروطها إنما لتوفير قرينة قانونية على خطأ المقاول. ويستحسن على المشرع العراقي فيما لو أخذ بالضمان السنوي أن يحدد ما تكون عليه مسؤولية المقاول في حالة تخلف شروط إنطباق هذا الضمان، هل تطبق القواعد العامة أم أحكام ضمانات أخرى فيما لو توافرت شروطها وأركانها؟

المطلب الثاني

أساس ضمان الإلتزام بالصيانة في التشريعات العربية والأجنبية

يقصد بأساس الإلتزام بالصيانة معرفة سبب قيامه أي السبب الذي دعا المشرع لتقريره على عاتق المقاول. فالطبيعة القانونية للإلتزام تتعلق بالمصدر المنشيء له، أما أساس الإلتزام فيتعلق بالسبب الذي حدا بالمشرع لألقاء عبء هذا الإلتزام على عاتق المقاول دون غيره. وهذا يختلف من قانون لآخر حسب فلسفة الدولة المشرعة وما تتبناه من نهج سياسي وتشريعي. لهذا سنتناول في هذا المطلب أساس هذا الإلتزام في القانون الفرنسي ثم القوانين الأنجلو- سكسونية ثم القانون المصري والعراقي وذلك في أربعة فروع مستقلة وعلى النحو التالي:

الفرع الأول

الأساس في القانون الفرنسي

نظمت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي مسؤولية المقاول في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وحددتها بسنة واحدة من تاريخ تسليم العمل.

كما تضمنت نصوص كراسة الشروط العامة الفرنسية C.C.A.G الصادرة في ٢١ يناير ١٩٧٦ أحكام هذا الضمان، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤-١ من الكراسة على ما يلي:

"يلتزم المقاول خلال فترة الضمان، إضافة الى إلتزاماته الناشئة عن الفقرة ٤ من المادة ٤١، بإلتزام ضمان تمام الإنجاز ".

ثم تنص الفقرة ٣ من المادة ٤٤-١ من نفس الشروط على الآتي:

"تمتد فترة الضمان، عدا ما قد يوضع من شرط مختلف أو تأجيل بموجب الفقرة ٢ من هذه المادة، لمدة عام واحد إعتبارا من تاريخ الإستلام الفعلي، أو لمدة ستة أشهر من هذا التاريخ بالنسبة لأعمال الصيانة والحفر".

وبالرغم من صدور هذه الكراسة في صورة مرسوم ولائحة، فانها تعتبر من طبيعة عقدية بالنسبة للمقاول، ومن طبيعة لائحية بالنسبة للإدارة[1]، ويترتب على ذلك أنها لا تلزمه إلا إذا أشير إليها صراحة في العقد أو أحال الأخير إليها.

كما جاءت المادة L. 111-19 من قانون التشييد والإسكان الفرنسي بنفس النص الوارد في المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي الذي يقول: "يمتد ضمان تمام الإنجاز...".

من النصوص المتقدمة يُلاحظ أن مسؤولية المقاول بموجب ضمان تمام الإنجاز تشمل جميع أنواع العيوب والخلل الذي قد يظهر في البناء، لا فرق في ذلك بين حالة تهدم كلي أو جزئي أو عيب في المواد المستخدمة أو في الصنعة، ولا فرق أيضا بين الأعمال الكبيرة والأعمال الصغيرة كما نصت على ذلك المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي، ولا بين المقاولة المبنية على الأجر الجزاف أو الأجر بسعر الوحدة، كما جاءت بذلك المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي. وعليه فان المقاول يعتبر مخطأً بمجرد حصول الخلل أو العيب في البناء، دون حاجة لإثبات أي خطأ من جانبه. وهذا الضمان يشبه من هذه الناحية ما نصت عليه المادة ١٧٩٢ الخاصة بالضمان العشري، لكنه يختلف عما جاءت به المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي، التي أقامت مسؤولية المقاول بموجبها على أساس خطأ ثابت، حيث يكون على رب العمل إثبات خطأ المقاول لكي تقوم مسؤوليته عن العيب أو الخلل[2]. بينما تقوم مسؤولية المقاول في ضوء نص المادة ١٧٩٢-٦ على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس. بينما تقضي القواعد العامة أن يثبت رب العمل خطأ المقاول، فالبيِّنة على من إدعى، والمدعي في هذه الحالة هو رب العمل. لكن القانون أعفى الأخير من واجب الإثبات لأنه إعتبر مجرد إكتشاف العيب أو الخلل خطأً من المقاول. فوَفَّر القانون بذلك قرينة قانونية على قيام الخطأ،

١- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٧٩.

2 -Maurice Andre Flame & Jacques Lepaff, Le Contrat d'entrepreneurs, p. 339

مشار اليه في رسالة محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٨٥

وما على رب العمل إلا أن يثبت وجود الخلل وقيام الرابطة السببية بينه وبين المقاول. ولا يستطيع المقاول التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي ينفي العلاقة السببية بينه وبين الخلل أو العيب أو الضرر. ولا يكفي الإدعاء بأنه بذل عناية المقاول المعتاد ليدفع المسؤولية عنه، فإلتزام المقاول بموجب عقد المقاولة هو إلتزام بتحقيق غاية وليس إلتزاماً ببذل عناية.

والسبب الذي حدا بالمشرع الفرنسي لإقامة هذه المسؤولية على خطأ مفترض هو حماية منه لرب العمل الذي يكون غالبا أقل خبرة في مواجهة مقاول خبير بفنون البناء والعمارة. فإذا ما ألقى على رب العمل واجب الإثبات، فقد يعجز الأخير عن ذلك لصعوبة إكتشاف الخطأ المهني والفني، وقد يفضي ذلك الى فقدانه لحقه في التعويض. ومن جانب آخر، تتمتع المباني والمنشآت الثابتة بأهمية كبيرة للأمن في البلاد، فإذا ما أصاب أحدها عيباً أو خللاً، فلا يقتصر أثره على رب العمل وحده وإنما قد يمتد أثره على حياة الآخرين أيضا.

الفرع الثاني

الأساس في القوانين الأنجلو- سكسونية

تتحدد قواعد مسؤولية المقاول في الدول الأنجلو- سكسونية كالمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية بالإتفاق بين الطرفين: المقاول ورب العمل. لكن المقاول يبقى مسؤولا بمقتضى شرط الصيانة ودعم الأعمال Maintaining & Upholding Clause عن العيوب التي تظهر فيما يقوم به من أعمال. فمسؤولية المقاول في كلٍّ من البلدين، هي مسؤولية عقدية، وتغطي وثيقة الصيانة التي يتعهد فيها المقاول لرب العمل بإصلاح جميع العيوب التي تظهر في البناء خلال المدة المحددة فيها، والأضرار الناجمة عن تهدم أو تعيب البناء قبل تسليمه، لأن العقد ينتهي مفعوله بالتسليم[1].

ويتحدد أساس الإلتزام بالصيانة في الولايات المتحدة حسب العقد المبرم بين رب العمل والمقاول. فإذا إتفق الطرفان على أن يكون المقاول مسؤولا عن عمله فقط وقام رب العمل أو مهندسه بوضع التصاميم وشروط البناء، وما على المقاول إلا تنفيذ ما كلف به من عمل. ففي هذه الحالة يكون المقاول مسؤولا عن أي عيب يظهر في البناء بسبب إستخدام مواد رديئة أو بسبب عدم بذل عناية رجل الصنعة، وأساس مسؤوليته مبني على خطأ ثابت يقتضي من رب العمل إثباته. أما إذا كانت العيوب ناجمة عن عيب في التصميم، فالمقاول غير مسؤول عن إصلاح هذا العيب. ويتحمل رب العمل كلفة ذلك[2].

فقد جاء في حكم للمحكمة العليا في ولاية نبراسكا ما يلي:

"عندما تعد التصاميم والشروط للإصلاح من قبل مهندسي مالك البناء الذين يفحصون ويشرفون على البناء ويرون بأن المواد قد أعدت والعمل قد أنجز طبقا للتصاميم والشروط، فان المقاول عادة لا يكون مسؤولا عن عدم

١- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٠٥.

٢- المرجع نفسه، ص ١٠٩.

كفاية هذه الشروط. ولكنه يسأل عن المهارة التي يبذلها في إنجاز البناء وعلى المواد المستخدمة فيه"[1].

أما إذا إتفق الطرفان على أن يقوم المقاول بالعمل على أن يكون مسؤولا عن نتيجته، في هذه الحالة يكون المقاول ملزماً بإصلاح أي عيب يظهر في البناء بعد الإنجاز والتسليم سواء كان راجعا الى عيب في التصميم أو في الشروط التي أعدها رب العمل أو مهندسه أو كانت راجعة لإستخدام مواد معيبة أو عدم بذل عناية رجل الصنعة. ويكون أساس مسؤولية المقاول مبني على خطأ مفروض غير قابل لإثبات العكس. ويستطيع المقاول دفع المسؤولية ونفي الخطأ بإثبات السبب الأجنبي،[2] وأنه بذل عناية الرجل المعتاد. فقد جاء في حكم لمحكمة إستئناف سانت لويس بولاية ميسوري ما يلي:

"إن المقاول قد إشترى القضبان الحديدية ووضعها في البناء بحسن نية بعد فحصها دون أن يكتشف العيب الخفي الذي تنطوي عليه. ولما كان من الثابت أنه بذل العناية الواجبة، لذلك فانه لا يتحمل إلتزاما بضمان العيب بعد إنجاز البناء"[3].

وقد كيّف القضاء الأمريكي في الكثير من أحكامه الإلتزام الذي تتضمنه وثيقة الصيانة بأنه واجب يلازم كل عقد ويستمد قوته من القانون العمومي Common Law فيفرض على المقاول أن يبذل العناية والمهارة والحكمة المعقولة والأمانة في إنجاز العمل الذي تعهد أن يقوم به. وإن الإهمال في ذلك هو الضرر بعينه مثله كمثل الإخلال بالعقد. ويرى القضاء أن هذا الواجب الملقى على عاتق المشتغلين الذين يلتزمون بموجب العقد أو بموجب إتفاقات مهنية أو إتفاقات عمل تتطلب منهم أن يبذلوا عناية ومهارة ومعرفة

1 -Friederick V. County of Wood 152, mentioned in I. Vermon Werbin, Legal cases for contractors, architects, and engineers, Supra, 1955, P. 422

2 -I. Vermon Werbin, Ibid, p. 86

3 -Whaley et al. V Milton Conste Co. 241 S.W 2nd, 23 mentioned in I.Vermon Werbin, p. 85.

في أداء أعمالهم هو إلتزام مفروض ضمناً بموجب القانون دونما حاجة لتقريره بإتفاق[1]. فالمقاول مسؤول عن تعويض المالك عن الأضرار التي تصيبه من جراء ظهور العيوب في البناء، حتى لو كانت راجعة الى سوء التصميم الذي وضعه رب العمل. فقد قضت المحكمة العليا في ولاية لويزيانا الأمريكية بالآتي:

"أن القاعدة العامة هي إنه إذا كان التهدم ناجماً عن عيب أو نقص في التصميم، يبقى المقاول مسؤولا عن الأضرار التي تحل بالبناء، إلا إذا كان رب العمل ضامناً لكفاءة التصميم المعد من قبله. أما إذا كانت عيوب البناء ترجع الى إستعمال المقاول لمواد معيبة، أو أن العمل لم يتم بمهارة وفن رجل الصناعة، فانه يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار التي أصابت المبنى. ومسؤوليته هذه تكون مبنية على خطأ ثابت يقع عبء إثباته على عاتق رب العمل. فان أثبته كان المقاول مسؤولا ليس عن العيوب فحسب، بل عن كل ضرر قد تؤدي اليه هذه العيوب..."[2].

وقضت المحكمة:

"بالرغم من أن العقد لا يتضمن ضمانا بسلامة السقف مستقبلا، ولا إقرارا بخلو أطراف العقد من المسؤولية عن العيوب التي قد تظهر في السقف نتيجة سوء الصنعة أو رداءة المواد المستخدمة، لكنه تضمن وصفا للمواد المستخدمة وبيّن نوعيتها، وعرض الشروط التي ينبغي أن يتم عليها البناء، ووضع إلتزام صيانة على عاتق المقاول لمدة عشر سنوات. فالعقد بناءً على ذلك، يتضمن مسؤولية ضمنية على عاتق المقاول، بسلامة السقف من العيوب. والدليل

---

1 –I. Vermon, Ibid, p. 81.

2 – mentioned in I. Vermon Werbin, p. 77. Bracher V. City of Alexandria, 41 So. 2nd 819.

المؤكد أن السقف قد تعيب، وتحمل رب العمل الضرر الناجم عن ذلك، لهذا يكون المقاول ضامناً بصورة ضمنية لسلامة السقف من العيوب والأضرار"[1].

فهذا الحكم يبين الأساس الذي يستند عليه القضاء الأمريكي بشأن الإلتزام بالصيانة وهو الخطأ الثابت الذي يقتضي من رب العمل إثباته.

فالضمان يقرر بمقتضى العقد والأسلوب الذي أتفق أن يقوم به المقاول، فقد يتفق الطرفان على ضمان موسع كأن ينص في العقد على أن العمل يجب أن يكون مضموناً بأجمعه وأن المقاول يكون ملزما بإصلاح أي عيب يظهر فيه خلال مدة معينة من تاريخ قبوله من قبل المهندس، وعندئذ يشمل الضمان صيانة وإصلاح ما هو ضروري لبقاء العمل سالماً ومتينا. فإذا ما ظهرت العيوب في البناء، إستطاع رب العمل في أي وقت خلال فترة الضمان أن يطلب من المقاول إصلاح العيوب على نفقته، إلا إذا كانت العيوب ناجمة عن سبب أجنبي لا يد للمقاول فيه، لأن المقاول يستطيع وقتئذ دفع المسؤولية عنه بإثبات السبب الأجنبي[2].

أما في المملكة المتحدة، فان قواعد مسؤولية المقاول، تتحدد أيضا كمثيلتها في الولايات المتحدة، بالإتفاق بين المقاول ورب العمل. وهناك ثلاثة شروط غالباً ما يضمنها المتعاقدان في عقد المقاولة المبرم بينهما:

١- شرط الترميم Reparation Clause لما هو ضروري من الأعمال خلال الفترة المحددة من العقد،

٢- شرط الإصلاح Rectification Clause وبموجبه يلتزم المقاول بإصلاح جميع العيوب التي تظهر خلال الفترة المحددة بالعقد.

---

1 -Rowson V. Fuller, 230 S.W. 2nd 355. mentioned in I. Vermon Werbin, p. 80

2 -Harold D. Hauf, Building contracts for design and construction, A Wiley-Interscience Publication, New York, 2nd ed., 1968, p. 125.

٣- شرط الدعم وحفظ الأعمال Maintaining and upholding clause لما أنجزه المقاول من أعمال خلال هذه الفترة[1].

فتتحدد مسؤولية المقاول عن العيوب التي قد تظهر في البناء حسبما يرد في العقد من هذه الشروط. لكن القضاء الإنجليزي قد فرّق بين نوعين من العيوب التي تظهر في البناء، ورتب على كل منهما أحكاما مختلفة عن الآخر، وأصبح الأساس الذي يقيم عليه المسؤولية مختلفا بين هذا النوع من العيوب أو ذاك. فهناك:

١- العيوب التي تظهر خلال المدة المحددة في العقد.

٢- والعيوب التي تظهر بعد إنتهاء المدة أو تظهر ولم تكن قد عينت لها مدة محددة في العقد.

وتسمى الفترة المحددة لمسؤولية المقاول بفترة الصيانة Maintenance period أو فترة المسؤولية عن العيوب Defect Liability Period وتسمى في الفقه الأمريكي بفترة الضمان بعد الإنجاز Warranty Period after Completion[2]. ففي الحالة الأولى أي حالة العيوب التي تظهر في البناء خلال المدة المحددة في العقد، فان القضاء الإنجليزي يقيم مسؤولية المقاول فيها على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، حيث يرى أن مجرد ظهور العيب في البناء يعني أن المقاول قد خرق الإلتزام الذي إلتزم به في العقد وهو عدم ظهور أي عيب في البناء خلال الفترة المحددة. وهذا يعني أن إلتزام المقاول هو أن يبقى البناء سليما دون أن يظهر فيه عيب خلال الفترة المحددة في العقد لذلك فهو لا يكلف رب العمل بإثبات أي خطأ في جانب المقاول[3]. ففي عقد لبناء سد، إتفق على

1 -I.N. Duncan Wallace, Hudson's Building and Engineering Contracts, Sweet & Maxwell, UK, 1970, p.389

2 -Duncan, Ibid, p. 392.

3 -Duncan, Ibid, p. 389

تسديد الأجور للمقاول بشكل أقساط تدفع مع تقدم سير العمل بحيث يدفع آخر قسط خلال إثني عشر شهرا من تاريخ إصدار شهادة الإستلام من المهندس المشرف، على أن يتولى المقاول إصلاح جميع العيوب وإكمال جميع النواقص على نفقته والتي قد تظهر بعد إصدار هذه الشهادة. وفي يناير ١٩٠٠ صدرت شهادة الإستلام، لكن السد قد إنهار في مارس ١٩٠٠. وبعد إثني عشر شهرا طالب المقاول بتسوية حسابه. كانت هناك ثلاثة شروط في العقد. الأول شرط الترميم والثاني شرط الإصلاح الذي يلتزم المقاول بموجبه بإصلاح جميع العيوب التي قد تظهر خلال الفترة المحددة بالعقد، والثالث هو شرط الدعم وحفظ الأعمال. ولم يثبت أن إنهيار السد كان راجعا لعيب أو قصور من المدعي، مع ذلك حكم بمسؤوليته عن إصلاح جميع العيوب التي ظهرت فيه[1]. وهذا يعني أن القضاء قد أقام مسؤولية المقاول على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس.

ويستطيع المقاول التخلص من المسؤولية بالنسبة لشرطي الإصلاح والترميم بإثبات السبب الأجنبي، لكنه لا يستطيع الإفلات منها بمقتضى شرط الدعم وحفظ الأعمال ولو أثبت السبب الأجنبي. فقد قضي بمسؤولية المقاول عن إعادة بناء جسر رغم سقوطه بفيضان غير عادي[2]. أي أن الأساس القانوني لمسؤولية المقاول عن هذه العيوب هو الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، ولا تنتفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، بإستثناء فيما إذا تضمن العقد شرط الدعم وحفظ الأعمال، فهنا يكون المقاول مسؤولا عن العيوب حتى لو أثبت السبب الأجنبي.

أما في حالة ظهور العيوب بعد مرور المدة المنصوص عليها في العقد أو أنه لم تكن قد حددت أساساً مدة لها، فلا يستطيع رب العمل مساءلة المقاول عن

---

1 –Howx V. Colonial Government 1901 18 Cape of Good Hope, (s.c) Rep. 148 mentioned in Duncan, Ibid. p. 389.

2 –Brecknock Aber Gavemy, Canal Navigation Co. V. Pritchard 1790 Rep. 750 mentioned in Emden & Gill, Building Contracts & Practice, Butterworths, London, 7th ed. 1969 p.255.

الأضرار المتأتية من العيوب التي تظهر في البناء، إلا بإثبات وجود تدليس من جانب المقاول. فإذا فاتت المدة المحددة لظهور العيوب في العقد، فاتت الفرصة على رب العمل لمساءلة المقاول، إلا إذا إستند على سبب الدعوى المعروف بأسم التدليس بطريق الكتمان Fraudulent Concealment[1]، حيث أعطت المادة الثانية[٢] من قانون التحديد Limitation Act 1939 الحق في إقامة الدعوى بشأن العقود البسيطة خلال فترة ست سنوات من إنكشاف سبب الدعوى أي إنكشاف العيب[٣]. ويتوسع القضاء غالبا في تفسير مفهوم التدليس. فإذا خالف المقاول التصميم الذي وضعه رب العمل، إعتبر ذلك تدليسا من جانب المقاول[٤]. ولكن يقع على رب العمل عبء إثبات هذا التدليس، وهو أمر يصعب إثباته، لهذا غالبا ما يعجز رب العمل عن إسترداد حقوقه ومساءلة المقاول عن العيوب التي تظهر في البناء عند إنتهاء المدة المحددة لها في العقد أو في حالة عدم النص على أي مدة للعيوب فيه. مما تقدم يتضح أن القضاء الإنجليزي يقيم مسؤولية المقاول في هذه الحالة على خطأ ثابت يقع عبء إثباته على رب العمل.

---

1 -Duncan Wallace, Ibid, p. 368

٢- تنص المادة الثانية من القانون المذكور على الآتي:

An action founded on tort shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.

وترجمتها كالتالي: "لا تسمع دعوى الضرر بعد مرور ست سنوات من تأريخ ظهور سبب الدعوى".

3 -Duncan, Ibid, p. 369.

4 -Duncan, Ibid, p. 369.

الفرع الثالث

الأساس في القانون المصري

نظمت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بموجب القرار ١٣٦٧ الصادر في ١٩٩٨/٩/٦ أحكام هذا الضمان[١]. كما نظمت المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري أحكام الضمان العشري[٢].

وقد يتبادر الى الذهن السؤال التالي: هل يجب على رب العمل إثبات وجود الخطأ في جانب المقاول، لترتب مسؤولية الأخير بناءً على ذلك؟

من الواضح من نص اللائحة أن الأعمال التي ينفذها المقاول بموجب هذه اللائحة تخضع أيضا لأحكام القانون المدني المصري الواردة في المادة ٦٥١ وما بعدها. ومما لا ريب فيه أن نص المادة المذكورة يقضي بأن لا يكلف رب العمل بإثبات الخطأ في جانب المقاول عند حصول حالة التهدم الكلي أو الجزئي، وكل ما عليه هو إثبات حصول حالة التهدم في البناء. وهذا يعني أن المسؤولية بمقتضى نص المادة المذكورة من القانون المدني قائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس. ولا تنتفي هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

أما بالنسبة الى عيوب البناء أو عيوب المواد المستخدمة فيه والتي تهدد متانة البناء وسلامته، فانها تخضع لأحكام المادة ٦٥١ مدني مصري، وهذا يعني أن رب العمل لا يكلف بإثبات الخطأ في جانب المقاول، بل عليه إثبات وجود العيب. فعبء إثبات عيوب العمل أو عيوب المواد المستخدمة فيه يقع على عاتق رب العمل، فلا يكلف بإثبات أن هذه العيوب نشأت عن تقصير أو إهمال من المقاول، وذلك لأن إلتزام المقاول بالقيام بعمل على الوجه المتفق عليه وفقا لأصول الفن، هو إلتزام بنتيجة يثبت الإخلال به بمجرد إثبات

١- لمراجعة نص المادة المذكورة أنظر ملحق رقم ١.

٢- أنظر نص المادة ٦٥١ مدني مصري في هامش ٤٤ في صفحة ١٩ من هذه الدراسة.

عدم تحقق هذه النتيجة، أي بإثبات أن العمل غير مطابق لما هو متفق عليه أو لما توجبه أصول الفن. فإذا ثبت ذلك كان المقاول، مسؤولا عن هذا الإخلال ولا يستطيع أن يدفع مسؤوليته هذه إلا بإقامة الدليل على ان سبباً أجنبياً عنه هو الذي أدى الى هذه العيوب[1]. فبمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة المتقدمة أي بإقامة الدليل على حصول التعيب، يعتبر المقاول مخلا بإلتزامه، وبالتالي يحق لرب العمل الرجوع عليه بالضمان دون حاجة الى إثبات خطأ في جانب المقاول. إذن فالأساس الذي أقام عليه المشرع مسؤولية المقاول في مجال العيب في البناء، هو الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، شأنه في ذلك شأن المسؤولية عن التهدم الكلي أو الجزئي.

أما بالنسبة الى المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية، فنلاحظ ان المشرع قد نص في صدر المادة عبارة: "يضمن المقاول الأعمال..."، وهذه توجب الأخذ بالرأي القائل أن إلتزام المقاول هو إلتزام بتحقيق نتيجة لا إلتزام ببذل عناية. فهو يلتزم بأن يظل البناء سليما وخاليا من العيوب خلال مدة سنة من تاريخ تقبل العمل. وقد إستعمل المشرع تعبير "يضمن المقاول" للدلالة على مسؤولية المقاول، وهو نفس التعبير الذي إستعمله فيما يتعلق بالضمان العشري وكذلك ضمان التعرض وضمان العيوب في كل من عقدي البيع والإيجار (أنظر المواد ٤٣٩ - ٤٤٢ و٤٤٥- ٤٤٨ و٥٧٥-٥٧٦). ومن المقرر أن كلا من البائع والمؤجر يضمنان التعرض الصادر من الغير ويضمنان العيوب الخفية التي قد توجد في الشيء المبيع أو المؤجَّر دون حاجة الى إثبات خطأ في جانبهما، بل ٠ لو كانا لا يعلمان بوجود الحق الذي يستند اليه الغير في تعرضه، أو العيب الذي يؤثر في قيمة أو منفعة الشيء[2].

وتدل الفقرة الأخيرة من نفس المادة التي تقول: "فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب، يقوم بإصلاحه"، على أن المشرع قد بنى مسؤولية المقاول على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس. فلا يتحمل رب العمل عبء

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١١٧.

٢- المرجع نفسه، ص ١٧٢.

إثبات خطأ المقاول، بل كل ما عليه هو إثبات وجود العيب، لتترتب المسؤولية على المقاول. وهو سلوك ينسجم مع نص المادة ٦٥١ مدني مصري.

ومما تقدم يلاحظ أن إلتزام المقاول بموجب المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية هو إلتزام بتحقيق نتيجة، وهو بهذا لا يخالف الأحكام العامة في عقد المقاولة، فالإخلال به يثبت بمجرد عدم تحقق النتيجة. ويترتب على ذلك أن مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان تكون مبنية على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس. ولا يستطيع المقاول التخلص منها إلا بنفي العلاقة السببية بين العيب أو التهدم وبين نشاط المقاول. وقد إستقر القضاء المصري على هذا الحكم حيث جاء في حكم لمحكمة النقض ما يثبت أن مسؤولية المقاول إنما هي مبنية على خطأ مفترض إفتراضا لا يقبل إثبات العكس، فقد نص على الاتي:

"إن إلتزام المقاول الوارد في المادة ٦٥١ من القانون المدني هو إلتزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليما ومتينا... ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الإلتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة لإثبات خطا ما"[1].

١- الطعن ٢٣٥ س ١٦، صادر بجلسة ١٩٦٥/٦/١٠، رقم القاعدة ١١٧ ، ص ٧٣٦، أحمد سمير أبو شادي، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات، ١٩٦٦.

الفرع الرابع

الأساس في القانون العراقي

نظمت المادة ٥٠-٢- ب من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية والتي صادق عليها مجلس التخطيط في ١٢/٦/١٩٧٢ وألزم دوائر الدولة الإلتزام بها وتطبيقها على جميع مقاولات أعمال الهندسة المدنية الحكومية، أحكام هذا الضمان[1].

من هذه المادة يتضح أن المشرع العراقي قد أقام مسؤولية المقاول على خطأ ثابت، وذلك بنصه على أن يتحمل المقاول مسؤولية إصلاح ومعالجة العيوب والنواقص التي تظهر في البناء بشرط أن تكون ناجمة عن إهماله أو عجزه عن مراعاة الأصول الفنية فيه. وهذا يعني أنه يقع على رب العمل عبء إثبات خطأ المقاول. ويُلاحظ أن هذه المادة قد خففت من مسؤولية المقاول في الوقت الذي أراد فيه المشرع التشدد معه لكون المقاولات الخاضعة لشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية تمس الصالح العام بإعتبارها عقود أشغال عامة، كما أنها تخالف مضمون المادة ٨٧٠ مدني عراقي الخاصة بالضمان العشري[2].

فقد أقام المشرع مسؤولية المقاول على وفق هذه المادة على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس. فعبارة "حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، أو حتى لو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة"، توضح هذا الأساس. فالمقاول بموجب ذلك يكون مسؤولا عن تهدم البناء سواء كان التهدم جزئيا أم كليا دونما حاجة الى تكليف رب

---

١ - لمراجعة نص المادة، أنظر ملحق رقم ١.

٢- أنظر نص المادة ٨٧٠ مدني عراقي في هامش ٤٤ صفحة ١٩.

العمل بإقامة الدليل على خطأه، ولا يستطيع دفع مسؤوليته عن التهدم إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له في تسببه بحدوث التهدم. وفي هذا يُلاحظ تناقض ظاهر بين نص الفقرة ٢- ب من المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية وبين نص المادة ٨٧٠ مدني عراقي. ففي الوقت الذي يشدد فيه المشرع من مسؤولية المقاول في القانون المدني، يُلاحظ أنه يخفف من هذه المسؤولية في المادة ٥٠ من شروط المقاولة من خلال إقامة المسؤولية على الخطأ الثابت وإلقاء عبء إثبات خطأ المقاول على عاتق رب العمل، الذي هو الطرف المقصود بالحماية.

ويرى بعض الشراح[١] أن فحوى المادة ٥٠ من شروط المقاولة يرجع الى شرط الدعم وحفظ الأعمال المتعارف عليه في عقود مقاولات البناء في الدول الأنجلو-سكسونية، والذي يقوم المقاول بمقتضاه بصيانة الأبنية خلال الفترة التي يحددها هذا الشرط في صلب العقد. ولكن الشرط الأخير يقيم مسؤولية المقاول عن الأعمال المنصوص عليها في العقد دونما حاجة الى إثبات خطأ من جانب المقاول، كما أنه لا يسمح له برفع مسؤوليته من خلال إثبات السبب الأجنبي، حيث يبقى المقاول مسؤولا عن دعم وحفظ الأعمال حتى لو قام السبب الأجنبي. في حين أن نص الفقرة ٢- ب من المادة ٥٠ من شروط المقاولة يفرض على المقاول القيام بجميع التصليحات والتعديلات وإعادة الإنشاء وملافاة وإكمال النواقص والعيوب والشقوق أو عيوب أخرى على حسابه الخاص، ولكن فقط في حالة كون هذه العيوب قد جاءت نتيجة إستعمال مواد أو مهارة عمل لا تتفق وأحكام المقاولة أو نتيجة إهمال المقاول أو عجزه عن مراعاة الإلتزامات المنصوص عليها صراحة أو ضمنا في المقاولة. ومعنى ذلك أن المقاول يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات

١- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٢٣.

السبب الأجنبي الذي ينفي الرابطة السببية بينه وبين العيب أو النقص. وفي هذا فارق بيِّن بين نص المادة ٥٠ وشرط الدعم وحفظ الأعمال المتعارف عليه في عقود المقاولات في البلدان الأنجلو- سكسونية.

لهذا يرى الباحث أنه من الحري بالمشرع العراقي أن يوحد منهجه بشأن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المقاول ويأخذ بما تضمنته المادة ٨٧٠ مدني عراقي والخاصة بالضمان العشري، حيث أقيمت مسؤولية المقاول عن التهدم الجزئي أو الكلي أو العيوب التي من شأنها تهديد متانة وسلامة البناء، على أساس خطأ مفترض من جانب المقاول غير قابل لإثبات العكس، وذلك لأن هذا الأساس يكفل أولا حماية رب العمل الذي يكون في الغالب جاهلا بأمور البناء، وثانيا يحمي المصلحة العامة من الأضرار التي قد تصيبها نتيجة ظهور العيوب أو التهدم في المباني.

المطلب الثالث

مدى تعلق ضمان الإلتزام بالصيانة بالنظام العام

يعرف النظام العام بأنه تلك القواعد التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد[1]. وقيل أيضا أن كل ما يضر بمصالح الجمهور مخالف للنظام العام[2]. وقيل عن فكرة النظام العام أن قوامها المصلحة العامة سياسية كانت أم إجتماعية أم إقتصادية أم أدبية ومن ثم يجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فإذا هم خرجوا على هذا النظام بإتفاق خاص، وقع هذا الإتفاق باطلا[3].

لا تعتبر أحكام الضمان كقاعدة عامة من النظام العام. حيث يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه لإلتزامه التعاقدي (مادة ٢٥٩-٢ مدني عراقي)[4]. ويتفق الفقه على أن مسؤولية المقاول بموجب الضمان العشري من النظام العام حيث لا يجوز تخفيفها أو الإعفاء منها، لكنه إختلف بشأن مدى إعتبار أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة من النظام العام. وإنقسم الى طائفتين:

الأولى[5]: وترى أن أحكام هذا الضمان لا تعتبر من قبيل النظام العام، وأنه يمكن الإتفاق على مخالفتها، وأن مدة الضمان السنوي لا تعتبر من

---

١ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ١، الفقرة ٢٣٨، ص .

٢- د. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، فقرة ٣١٥، ص ١٧٨.

٣- د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، (بلا دار نشر)، ١٩٩٢، الفقرة ٢١٩، ص ٢٩٢.

٤- تنص المادة ٢٥٩-٢ مدني عراقي على الآتي: "يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم..".

5 -A. Caston, La reforme de la responsabilite et de la l'assurance dans le dommaine de la costruction, A.J.D.A, 1978, p. 98

النظام العام، ويجوز لأطراف العقد الإتفاق على مدة ضمان مختلفة في عقودهم[1]. ويستند أصحاب هذا الرأي على حجة شكلية وحيدة مفادها أن المشرع قد ذكر في المادة ١٧٩٢-٥ الضمانات التي تعد من قبيل النظام العام، ولم يكن من بينها ضمان تمام الإنجاز.

الثانية[2]: ويرى أنصار هذا الرأي- ونؤيدهم في ذلك- أن أحكام الضمان السنوي تدخل في نطاق النظام العام وأنه ضمان إجباري قانوني يلتزم به كل مقاول بقطع النظر عن وجود أو عدم وجود إتفاق على ذلك[3]، وإنه لا يجوز الإتفاق على الإعفاء منها أو الحد منها بأي حال من الأحوال. وإن قصد المشرع من جعله إجباريا حتى بالنسبة الى المقاولات التي لا تتضمن الإتفاق عليه، هو تشديد مسؤولية المقاولين من ناحية وتخفيض تكلفة التأمين من المسؤولية العشرية من ناحية أخرى[4]. ويسوقون جملة من الحجج والأسانيد القانونية لتأييد رأيهم، منها:

١. إن عبارة "الذي يلتزم به المقاول" الواردة في نص المادة ١٧٩٢-٦ الخاصة بضمان تمام الإنجاز، تفيد معنى الإلزام، مما يدل على أن المشرع قد أراد إدخال أحكام هذا الضمان في النظام العام.

٢. إن قصد المشرع من وراء هذا التشريع هو إسباغ الحماية القانونية على رب العمل، وعدم إدخال أحكام هذا الضمان في نطاق النظام العام، سيفوت قصد المشرع ولا يضفي الحماية التي أرادها لرب العمل[5].

١- د. عبسي عبدالقادر الحسن، المرجع السابق، ص ١٢٠ وكذلك د. وليد عبدالرحمن إسماعيل مزهر، المرجع السابق، ص ٧٣

2 -Boubli (B) op. cit. le contrat d'entreprise, n°298, p. 186. Bigot (J) op.cit. p. 154

٣- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، عقد المقاولة، ص ١٩١.

٤- المرجع نفسه، ص ١٩١.

٥- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٦١، ود. عبدالرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص ١٠٩٢.

٣. إن إعتبار أحكام هذا الضمان من قبيل النظام العام، أمر ينسجم مع نهج القضاء في إبطال الشروط الواردة في عقد المقاولة والتي يرمي بموجبها المقاولون- وهم محترفون بالفرض- الى التحلل من المسؤولية في مواجهة أرباب عمل غير محترفين بالفرض[1].

والذي يحسم أمر هذا الخلاف، ما جاء في التعديل الخاص بنص المادة ١٧٩٢-٥ بالقانون رقم ٩٠-١١٢٩ في ١٩ ديسمبر ١٩٩٠[2].

ففي ضوء هذا النص الصريح لا محل للقول بأن أحكام هذا الضمان لا تعتبر من قبيل النظام العام.

أما بالنسبة للقانون المصري، فيرى الباحث من نص المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية أن المشرع قد عدَّ بشكل صريح أحكام هذا الضمان من قبيل النظام العام، وهو بذلك لا يختلف عن نهج المشرع الفرنسي بعد صدور قانون تعديل المادة ١٧٩٢-٥ في ١٩ ديسمبر ١٩٩٠. لهذا لا يجوز الإتفاق على الإعفاء أو الحد من مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان.

أما في القانون العراقي، فقد نصت المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية على الآتي: "يقصد بتعبير مدة الصيانة الوارد في هذه الشروط مدة الإثنى عشر شهرا (إلا إذا نص على خلافه في المقاولة) التالية لتاريخ إكمال الأعمال...". ويفهم من عبارة "إلا إذا نص على خلافه في المقاولة"، أنه يمكن لطرفي العقد الإتفاق على تخفيض هذه المدة أو حتى الإعفاء منها، مما يعني أن أحكام هذا الضمان لا تعتبر من قبيل النظام العام طالما يجوز الإتفاق على خلاف أحكامه. وهذا يفقد النص التشريعي أهميته ويجعله لا قيمة له، مما يقتضي معالجته بأدخال أحكام هذا الضمان في نطاق النظام العام.

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٧٨.

٢- أنظر نص هذه المادة في الملحق رقم ١ من هذه الدراسة.

المبحث الثالث

آثار ضمان الإلتزام بالصيانة

تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان من حيث أشخاصه ومن حيث موضوعه، وناقشنا في المبحث الثاني الطبيعة القانونية له ثم أساسه القانوني في التشريع الفرنسي والأنجلو - سكسوني ثم المصري والعراقي، سنتناول في هذا المبحث آثار تحقق مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان من حيث دعوى الضمان والجزاء الذي ينطوي عليه ومسؤولية المقاول نحو الغير، ثم نناقش أسباب سقوط هذا الضمان من حيث السبب الأجنبي ودور إرادة رب العمل في إنقضائه. ولغرض دراسة هذه المواضيع، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، الأول عن آثار تحقق مسؤولية المقاول بموجب ضمان الإلتزام بالصيانة، والثاني عن أسباب سقوط هذا الضمان.

المطلب الأول

آثار تحقق مسؤولية المقاول بموجب ضمان الإلتزام بالصيانة

عندما تتحقق مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان، وذلك بتوافر شروطها وأركانها، تترتب آثارها، ويستطيع بموجب ذلك رب العمل أن يرجع على المقاول في إصلاح الخلل أو العيوب إصلاحا عينيا أو في دفع تعويض إليه. وقد يتم ذلك إما وديًا، أو قضائيا في حال إمتناع المقاول أو إنكاره لوجود الخلل أو العيب أو رفضه الإقرار بكونه المتسبب فيهما. وإذا ما تحققت مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان، وأصاب الغير ضررا من جراء خلل البناء، فهل لهذا الغير الرجوع على المقاول؟

هذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين، حيث سنناقش في الفرع الأول الدعوى والجزاء الذي ينطوي عليه هذا الضمان من حيث دعوى الضمان وتعويض مالك البناء وتحمل المقاول لوحده لهذا المسؤولية، ونناقش في الفرع الثاني مسؤولية المقاول نحو الغير بموجب هذا الضمان.

الفرع الأول

دعوى ضمان الإلتزام بالصيانة والجزاء الذي ينطوي عليه

سبق إن بيّنا أنه متى ما تحققت مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان من حيث توافر شروطها وأركانها، تحققت آثارها. ويصبح لزاما على المقاول إصلاح الخلل أو العيب في البناء إصلاحاً عينيا كما حددت ذلك المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي والمادة ٥٠-٢ من شروط المقاولة العراقية والمادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري. أما إذا رفض المقاول ذلك أو أنكره، فقد أعطى القانون الحق لرب العمل باللجوء الى القضاء لإلزام المقاول إما بالتعويض العيني أو بالتعويض بمقابل[١] لتعويض الأول عن الأضرار التي أصابته نتيجة تعيب البناء. وإذا كان من حق رب العمل الرجوع على المقاول، فهل يتحمل المقاول وحده هذه المسؤولية، أم يتحملها معه المهندس أيضا؟ وهل يستطيع المقاول الرجوع على غيره بنفس هذه الدعوى؟

هذا ما ستتناوله في المقاصد الثلاثة التالية من هذا الفرع، حيث سيتحدث المقصد الأول عن دعوى هذا الضمان، ويتناول المقصد الثاني التعويض الذي يتلقاه صاحب العمل عن الخلل أو العيب في البناء، وأخيرا يتحدث المقصد الثالث عن تحمل المقاول وحده مسؤولية هذا الضمان.

---

١ - قد يشتبه تعبير التنفيذ العيني مع التعويض العيني، إلا إن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالإلتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للإلتزام عن طريق عدم الإخلال به، والثاني بعد وقوع الإخلال بالإلتزام، فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني. وقد إستخدمنا هنا تعبير التعويض العيني من باب القياس على التنفيذ العيني. راجع د. السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ٤٤٠، ص ٧٩٨.

المقصد الأول

دعوى الضمان

عرفت المادة ٢ من قانون أصول المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الدعوى بصورة عامة بأنها "طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء".، وخلا قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ من تعريف للدعوى. وعندما أعطى القانون الحق لرب العمل في سلامة البناء الذي تعاقد عليه مع المقاول وخلوه من العيوب والخلل الذي قد يظهر فيه، أعطاه أيضا دعوى تحمي حقه بمواجهة المقاول، يستطيع بموجبها مطالبة الأخير قضائيا بإصلاح العيوب إما بواسطة التعويض العيني أو التعويض بمقابل. ولكن يشترط لإقامة هذه الدعوى أن يثبت رب العمل وجود عقد مقاولة أولا، ووجود الخلل أو التعيب في البناء ثانيا، وأن يرفعها ضمن المدة المحددة لإقامة الدعوى ولم تسقط بالتقادم ثالثا.

وقد وضع قانون أصول المرافعات المدنية العراقي عدة شروط وأحكام فيما يتعلق بصحة الدعوى، وأهمها أن تكون هناك مصلحة قانونية مستندة الى حق يدعيه المدعي. فلا دعوى بغير مصلحة[1]. والمصلحة في دعوى هذا الضمان هي التعويض عن الضرر الذي أصاب حق رب العمل في أن تبقى منشآته خالية من أي عيب أو خلل خلال المدة التي حددها القانون. فموضوع هذا الدعوى هو التعويض عن الضرر. ويكون لرب العمل الخيار في أن يطالب بالتعويض العيني أو التعويض بمقابل أي التعويض النقدي، والأمر متروك لتقدير المحكمة[2]. فعلى المدعي أن يثبت حقه في التعويض

١– تنص المادة ٦ من قانون أصول المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على الآتي: "يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الإدعاء بحق مؤجل على أن يراعى الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى".

٢– د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٨٠.

بإثبات وجود العقد الصحيح وإثبات الضرر الذي لحقه وجودا ومقدرا، ويحدد في دعواه مقدار التعويض الذي يطالب به، ويكون للقاضي حرية التقدير، وحرية القاضي هنا مقيدة بأنه لا يجوز له زيادة التعويض، وإنما يجوز له إنقاصه، بمعنى أنه لا يجوز أن يقضي بما لا يطلبه الخصوم[1]. فموضوع هذه الدعوى هو التعويض عن الفعل الضار المتمثل بتهدم أو تعيب المنشآت وهو الذي أنشأ على عاتق المقاول إلتزاما بجبر ما لحق برب العمل من ضرر. ولأن هذا الإلتزام غير واضح المعالم فان إقامة الدعوى تهدف الى تحديد معالمه، لأن الحكم الذي تقضي به المحكمة هو حكم مقرر للحق وليس منشئاً له[2]. ويجوز المطالبة بالتعويض من وقت وقوع الضرر المطلوب تعويضه، لأن الحق في التعويض لا ينشأ بمجرد وقوع الخطأ الذي سبب الضرر، وإنما ينشأ عن ترتب الضرر على خطأ[3]، ذلك لأن الخطأ مفترض في هذا الضمان ولا يكلف صاحب العمل بإثباته.

إن سبب دعوى هذا الضمان هو الفعل الضار ذاته أي الخلل أو العيب الذي أحدث الضرر المطلوب تعويضه، بغض النظر عن المسؤولية المترتبة على هذا الفعل سواء كانت عقدية أو تقصيرية، ويكفي من رب العمل إثبات الفعل الضار الذي ترتب عليه حقه في التعويض، ولا يكلف الأخير بتحديد النص الذي يقيم عليه دعواه[4].

ومن الشروط الأخرى التي أقرها قانون أصول المرافعات المدنية العراقي هي وجوب أن يتمتع طرفا الدعوى بالأهلية اللازمة للتقاضي[5]. ولكن إذا لم

١- د. عبدالباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦، ص ٢٨٦.

٢- د. محمد وحيد الدين سوار، مصادر الإلتزام، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ١٩٧٦، ص ١٩٨.

٣- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٨١.

٤- المرجع نفسه، ص ٥٨٠.

٥ - تنص المادة ٣ من قانون أصول المرافعات المدنية على الآتي: "يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعا بالأهلية اللازمة لإستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في إستعمال هذه الحقوق".

يكن المدعي أهلا للتقاضي فانه يجوز أن يباشر هذا الحق نيابة عنه وليه أو الوصي أو من له مصلحة[1]. وينتقل هذا الحق الى الخلف العام والخلف الخاص حيث يحق لهم مباشرة الدعوى والدخول بها إذا ما توافرت وتحققت شروط مسؤولية هذا الضمان. وقد إستقر القضاء على إعتبار المورث والوارث بحكم الشخص الواحد لغايات الخصومة. فإقامة الدعوى خطأً، على المورث المتوفي، لا يبطلها، وإنما يتوجب تبليغ الورثة بالحضور لمتابعة إجراءات الدعوى منذ البداية[2]. وينبغي أن يبين المدعي الصفة التي يباشر بها الدعوى، وأن يطلب الحكم له بالتعويض بتلك الصفة ذاتها حتى ينصرف أثر الحكم الى المضرور نفسه، إلا أن دعوى التعويض التي يقيمها شخص بالنيابة عن مضرور لا تقبل إلا إذا أثبت النائب نيابته لدى المحكمة[3].

وقد يحصل أحياناً أن تضيع واقعة التهدم أو ظهور الخلل أو العيوب لأي سبب كان، كأن يكون بناءاً تهدم ورفعت أنقاضه، حيث يصبح من العسير على رب العمل إثبات هذه الواقعة لإقامة دعواه على المقاول بالتعويض عما أصابه من أضرار جراء التهدم أو العيوب، في هذه الحالة أعطى قانون أصول المرافعات المدنية الحق لرب العمل بالطلب من القضاء المستعجل الإنتقال الى محل البناء لتثبيت حالته بمعرفة الحاكم أو بواسطة خبير ينتخب لهذا الغرض[4]. وقد أوجب القانون في حالة الضمان العشري على صاحب العمل أن يطلب مقدما معاينة البناء لإستظهار ما فيه من عيوب وطرق إصلاحها والأعمال اللازمة لذلك، فان لم يفعل وعمد من تلقاء نفسه الى إجراء تعديلات قبل المعاينة الواجبة، فانه يعتبر متنازلا عن الرجوع

١- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٧١.

٢- حقوق رقم ١٩٨٨/١١٣٣، مجلة نقابة المحامين الأردنية، ص ١٩٤٩، جـ٦، سنة ١٩٨٩.

٣- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٧٣.

٤- نصت المادة ١٤٤ من قانون أصول المرافعات المدنية العراقي على الآتي: "يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب من القضاء المستعجل قبل إقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشأن الإنتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة الحاكم أو بواسطة خبير، ويراعى في هذا الشأن الأحكام المتعلقة بالخبرة والكشف".

بالضمان.[1] ولكن يستطيع رب العمل أن يعهد الى مقاول آخر بإنجاز العمل المطلوب بلا إذن من المحكمة إذا قدر أن إقامة الدعوى وصدور الحكم فيها يستغرقان وقتا يتعرض خلاله لضرر جسيم طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥٠ مدني عراقي[2]، ثم يرجع على المقاول الأول بما أنفقه بدعوى يرفعها ويحق للمحكمة عند النظر فيها التثبت من حسن تصرف رب العمل ومبررات إستعجاله، ولها أن تحكم بأقل مما يطالب به عند إقتناعها بعدم سلامة تصرفه[3]. هذا في حالة الضمان العشري، أما في حالة الضمان السنوي، فقد أعطت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي الحق لرب العمل بتنفيذ أعمال الإصلاح عينا دون اللجوء الى القضاء في حالة عدم الإتفاق مع المقاول على مهلة لتنفيذ عمليات الإصلاح أو في حالة ما إذا لم يتم الإصلاح في المهلة المحددة. كما أعطت المادة ٥٠-٣ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية الحق لرب العمل في إجراء جميع الإصلاحات على نفقة المقاول ودون الرجوع الى المحكمة لإستحصال إذن خاص بذلك. وكذلك فعلت المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري. وقد ناقشنا هذا الموضوع في أثر تحقق شروط تطبيق أحكام الضمان وبيّنا آثاره السلبية ومخاطره في إنشاء سبب دائم للنزاع بين أرباب الأعمال والمقاولين[4]. ولكن إذا ما لاحظ المقاول أن رب العمل قد تعسف في إستعمال هذه السلطة التي منحه إياها القانون، يكون من حق المقاول في هذه الحالة رفع دعوى ضد رب العمل بإعتباره مضرورا من تجاوز رب العمل لسلطاته.

فالكشف المستعجل الذي يجريه القضاء المستعجل قبل إقامة الدعوى بشأن

---

١ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٢٩.

٢ - تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥٠ مدني عراقي على الآتي: "ويجوز في حالة الإستعجال أن ينفذ الدائن الإلتزام على نفقة المدين بلا إذن المحكمة".

٣- د. عبدالباقي البكري، تنفيذ الإلتزام، بغداد، ١٩٧١، ص ٥٤.

٤- أنظر المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذه الدراسة ص ١٧٨.

الموضوع المتنازع فيه، ذو فائدة كبيرة في إثبات ماهية الأضرار الحاصلة في البناء وتقدير قيمتها وطرق إصلاحها والأعمال اللازمة لتلافيها، ويمكن أن تعول عليه المحكمة في الحكم رغم أنه لا يعتبر ملزما لها بأي حال من الأحوال ولا يصلح دائما سببا للحكم[١].

وبعد إجراء هذا الكشف يستطيع رب العمل الطلب من المحكمة بإلزام المقاول بالتعويض العيني وذلك بإصلاح الخلل والعيوب التي كشفها في البناء، إذا ما توافرت شروط التعويض العيني. ولا يوجد مانع قانوني أن يطلب منها الإذن بإصلاح هذه العيوب على نفقة المقاول في ضوء ما يستظهره تقرير الخبير المنتخب في الكشف المستعجل، على أن لا تقوم المحكمة بأعطاء الإذن إلا بعد قيامها بجمع الطرفين والإستماع الى أقوالهما. وإذا ما قام رب العمل بالإصلاح العيني على نفقة المقاول، يجب أن تكون كل التكاليف التي أنفقها على الإصلاح مثبتة بوصولات معتمدة ومقبولة، حتى يحق له إقامة دعوى قضائية يطالب بها المقاول بالمبالغ التي أنفقها على عملية الإصلاح.

ويشترط لأي دعوى أن ترفع خلال المدة القانونية المحددة لها. وقد حددت المادة ١٧٩٢-٦ مدة ضمان تمام الإنجاز بسنة واحدة تبدأ إعتبارا من تاريخ تسلم الاعمال. ويعتبر أغلب الفقه أن مدة الضمان هذه هي نفسها

---

١ – جاء في حكم محكمة تمييز العراق رقم ١٥٦/ مدنية ثانية/ ١٩٧١ في ١٩٧٢/١٢/١٦ منشور في مجلة القضاء العراقية، السنة ٢٧، العدد الثاني، ص ٢٠٢ ما يلي: "إن تقرير الكشف المستعجل المذكور لا يصلح سببا للحكم كما تقدم بيانه وإنما كان عليها أن تجري كشفا قضائيا بمعرفة أهل الخبرة وبضمن الدعوى تقف فيه المحكمة في: هل أن النواقص والأضرار والتهدمات التي أقامت المدعية الدعوى بسببها والموصوفة بكتبها الثلاثة المشار اليها أعلاه، تعتبر من قبيل التهدمات الجزئية المنصوص عليها في المادة ٨٧٠ مدني، وفي هذه الحالة يكون المقاول مسؤولا عنها لمدة خمس سنوات من وقت تسليم العمل. أما إذا ظهر أنها تشكل مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها، فيتعين على المحكمة أن تسأل الخبراء عما إذا كانت هذه العيوب ظاهرة أم خفية وتفصل في الدعوى...".

مدة الدعوى وتسري إعتبارا من تاريخ سريانها[1]. وقد حددت المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي والخاصة بالتقادم، مدة دعوى الضمان العشري ودعوى ضمان كفاءة الاداء، لكنها لم تشر الى مدة دعوى ضمان تمام الإنجاز. ويرى أغلب الشراح[2] ان القانون لم يذكر سوى مدة السنة الواحدة لذا لا يمكن أن تكون مدة دعوى هذا الضمان أكثر من سنة. ويميل الباحث الى الرأي القائل بأنه طالما أن المشرع لم يحدد مدة لتقادم دعوى هذا الضمان، فانه يجوز لرب العمل رفع هذه الدعوى بعد انتهاء فترة السنة إعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال شريطة أن يكون العيب قد ظهر خلال فترة الضمان المحددة.

أما الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية العراقية فقد أعطت لرب العمل الحق بطلب إصلاح العيوب خلال مدة الصيانة أو بعد فترة ١٤ يوما من تاريخ إنتهائها. وهذا يعني أنه لا يجوز لرب العمل طلب إصلاح هذه العيوب بعد مرور هذه المدة حتى لو كان العيب قد نشأ خلالها. وهذه مدة قصيرة لا توفر قدراً مناسبا من الحماية التي قصدها المشرع لرب العمل.

ومن القواعد العامة لتقادم الدعاوى ما يتعلق بحالة الإنقطاع والوقف. فتنقطع مدة تقادم الدعوى في حالتين:

الأولى- المطالبة القضائية، وهي الدعوى التي يرفعها رب العمل على المقاول للمطالبة بتعويضه عن الأضرار التي أصابته من جراء تعيب البناء، كما جاء ذلك في المادة ٤٣٧ مدني عراقي التي تنص على:

"١- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية...".

ولا يعتبر طلب الكشف المستعجل على حالة البناء مطالبة قضائية.

١- نوقش هذا الموضوع في المبحث الاول من الفصل الثاني من هذه الدراسة والمتعلق بالشروط الشكلية للضمان، ص ٨٩.

٢- د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٥١.

والثانية- إقرار المقاول بحق رب العمل فيما يدعيه من أضرار جراء تعيب البناء، كما جاء ذلك في المادة ٤٣٨ مدني عراقي التي تنص:

"١- تنقطع أيضا المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ما لم يوجد نص بخلاف ذلك".

وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز في العراق ما يلي:

"...إن ما إستندت اليه المحكمة بموجب المادة ٨٧٠ من القانون المدني غير وارد بعد إن أسقط المقاول نفسه حقه بالتمسك بمدة السنة الواردة في المادة المذكورة، حيث تعهد للمميز بالكتاب المرقم ٢٧٨ والمؤرخ في ٢٤/٧/١٩٦٩ الذي تضمن ما يلي: (أرجو التفضل بالموافقة على إرسال من تنسبونه مع مهندسينا لغرض الكشف على هذه الغرفة ونحن على إستعداد لإصلاح أية عيوب إن وجدت خلال مدة تعهدنا لمدة خمس سنوات من تاريخ إستلام المشروع). وإن المميز لم يستلم غرفة الضخ الواطيء عند إستلام المشروع بموجب شهادة الإستلام المؤرخة في ٢٠/٢/١٩٦٩، لذا فلا تقادم في هذه الدعوى..."[١].

أما بالنسبة لوقف مدة التقادم، فتقضي القواعد العامة أنه جائز قانونا اذا كان المدعي صغيراً أو محجوراً وليس له ولياً أو كان غائبا.. الخ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٣٥-١ مدني عراقي: "تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي، كأن يكون المدعي صغيراً او محجوراً وليس له ولياً أو غائبا في بلاد أجنبية نائية أو أن تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الاصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه".

---

١ - حكم محكمة تمييز العراق رقم ٢١١/ هيئة عامة أولى/ ١٩٧٣ صادر في ١٩٧٤/٢/٢٦ منشور في مجلة القضاء- السنة ٢٩، العددان الثالث والرابع، ص ١٥٨-١٥٩.

المقصد الثاني

تعويض مالك البناء عن ظهور الخلل أو العيب في البناء

عندما تتحق مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان، يصبح من حق رب العمل الرجوع على المقاول بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء حصول الخلل أو العيب في البناء. ويشترط للضرر الواجب التعويض عنه عدة شروط منها:

١. أن يكون الضرر ماساً بحق من حقوق صاحب العمل، وحقه في هذه الحالة هو أن يبقى بناؤه سليما خاليا من أي خلل أو عيب أو تهدم[١].

٢. أن يكون الضرر محقق الوقوع، كأن يكون العيب موجودا فعلا أو أن يكون واقعاً في المستقبل بصورة حتمية[٢].

٣. أن يكون الضرر مباشراً، أي جاء نتيجة طبيعية لعدم وفاء المقاول بإلتزاماته، ولم يكن بمقدور رب العمل توقيه بجهد معقول[٣].

٤. أن يكون الضرر متوقعاً، كما حددت ذلك المادة ٨٧٢ مدني عراقي، فقد قصر المشرع التعويض على الأضرار الناجمة عن العيوب التي ترجع الى أسباب متوقعة فقط، وأعفى المقاول من الأضرار التي تنشأ عن العيوب التي ترجع لأسباب لم تكن متوقعة وقت إقامة البناء[٤].

وتعويض رب العمل عن الأضرار التي أصابته قد يكون إختياريا، وفي هذه الحالة يخرج من دائرة المطالبة القضائية، حيث أن التعويض الإختياري

---

١ – محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢١٢.

٢ – د. عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، مصادر الإلتزام، ص ٥٨٩.

٣ – د. السنهوري، المرجع السابق، ج٧، ص ١٢٦، هامش رقم ٤ وكذلك محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢١٣.

٤ – محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢١٤. وقد تمت مناقشة هذا الموضوع في المبحث الثاني من هذا الفصل تحت عنوان، الطبيعة القانونية لضمان الإلتزام بالصيانة ص ١٦٥.

لا يوجب المساءلة القضائية التي يشترط لقيامها وجود حق متنازع فيه أمام القضاء. وقد يكون تعويض رب العمل عن هذه الأضرار جبرياً، وفي هذه الحالة فانه يتم بصورتين:

١. التعويض العيني.

٢. التعويض بمقابل.

ويشمل التعويض وفقا للقواعد العامة كل ما يلحق بالمضرور من خسارة أو ما فاته من كسب (مادة ١٦٩-٢ مدني عراقي)[1]، سواء كان ذلك كلفة إعادة البناء المتهدم كليا أو جزئيا أو إصلاح ما تعيب منه إذا كان بالإمكان ذلك، ويشمل أيضا كلفة النقصان الذي أصاب البناء جراء تعيبه، والنقصان هنا بمعنى فوات المنفعة ونقصانها، حيث أن تعيب بعض الأبنية أو تهدم جزء منها يؤثر على القيمة الإيجارية لها، يضاف الى الكلف السابقة، كلفة التعويضات التي دفعها صاحب العمل للمتضررين جراء تهدم أو تعيب البناء من الغير[2]. وإذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير. (المادة ٢٠٨ مدني عراقي)[3]. كما يصح أن يكون التعويض مقسطاً أو إيراد مرتباً ويجوز في الحالتين إلزام المدين بتقديم تأمين تقدره

١- تنص المادة ١٦٩ مدني عراقي على الآتي: "١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره. ٢- ويكون التعويض عن كل إلتزام ينشأ عن العقد سواء كان إلتزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو إلتزاما بعمل أو بإمتناع عن عمل، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في إستيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالإلتزام أو لتأخره عن الوفاء به. ٣- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت".

٢- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٦.

٣ - تنص المادة ٢٠٨ مدني عراقي على الآتي: "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضمن بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير".

المحكمة (المادة ٢٠٩-١ مدني عراقي)[١]. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين على سبيل التعويض (المادة ٢٠٩-٢ مدني عراقي).

لهذا فان الحديث عن تعويض رب العمل عما أصابه من ضرر نتيجة تعيب البناء، يقودنا الى تقسيم هذا المطلب الى مقصدين، الأول عن التعويض العيني والثاني عن التعويض بمقابل.

أولا: التعويض العيني

ويقصد به إعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فيطلب من المقاول إعادة بناء ما تهدم من المباني، أو إصلاح العيوب التي تظهر فيها، ويعد التعويض العيني أفضل من التعويض بمقابل، ذلك أنه يؤدي الى محو الضرر وإزالته[٢]. أي هو إجبار المقاول على إعادة بناء ما تهدم من المباني أو إصلاح العيوب التي ظهرت فيها خلال المدة المحددة للضمان السنوي. فإذا قام بتنفيذ عين الإلتزام الذي فرضه عليه القانون بإصلاح العيوب وإرجاع البناء الى الحالة السليمة، فان التنفيذ العيني يعتبر من هذه الناحية أفضل من التنفيذ بمقابل[٣].

وللمحكمة الخيار بين الحكم بتعويض نقدي أو الأمر بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فلا يستطيع صاحب العمل ولا المقاول إلزامها

١- تنص المادة ٢٠٩ مدني عراقي على الآتي: "١- تعين المحكمة طريقاً للتعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيرادا مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناءاً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض".

٢- محمد نصر، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، (بلا دار نشر)، ١٩٧٨، ص ١٤٨.

٣ - د. عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤٩٦، ص ٦٢٥.

بإختيار أي طريق من طرق التعويض[1]. لكن القضاء ملزم في البداية بالحكم بالتعويض العيني إلا إذا كانت هناك موانع تحول دون الحكم به، وتلجأه الى التعويض بمقابل. وينبغي على المحكمة أن تتقيد عند إجبارها المقاول على إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر بأحكام المادتين ٢٥٦ و٢٤٦ مدني عراقي الخاصتين بأحكام التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض حيث تنص المادة ٢٥٦ على الآتي:

" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك". وتنص المادة ٢٤٦ على الآتي: "١ – يجبر المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. ٢ – على إنه اذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

لذلك لا بد من توفر ثلاثة شروط للحكم بالتعويض العيني:

١- **الإعذار المسبق**: يعرف الإعذار بأنه دعوة المدين من قبل دائنه الى تنفيذ إلتزامه ووضعه قانونا في حالة التأخر في التنفيذ تأخرا تترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب دائنه نتيجة ذلك[2]. أو هو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة هي غالباً إرادة الدائن حين ينبه على مدينه بالوفاء بحيث يضعه به موضع المتأخر قانوناً عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يفِ به فوراً أو هو التسجيل الرسمي لتقصير المدين وتخلف عن الوفاء بإلتزامه والذي يتحول به هذا التأخير من مجرد تأخير فعلي لا آثار له الى تأخير قانوني تترتب عليه آثاراً معينة[3]. والإعذار يجب ان يكون سابقاً على إقامة الدعوى، لهذا فانه يتعين على صاحب العمل أن يبادر الى ذلك، وأن يخطر المقاول بالعيوب التي ظهرت لكي يبادر هو أيضا الى إصلاح تلك العيوب، ومعالجة ما يمكن

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٧.

٢- د. البكري، المرجع السابق، ص ٨٩.

٣- د. جلال محمد إبراهيم، أحكام الإلتزام، أسراء للطباعة، ٢٠٠٠، ص ١٠٩-١١٠.

معالجته قبل أن يصبح من المتعذر معه إصلاحه وبالتالي يؤدي الى سقوط أو تهدم البناء[1]. ولم تشترط المادة ٢٤٦ مدني عراقي إعذار المدين في حالة التنفيذ العيني، لكن المادتين ٢٥٦ و٢٥٧ مدني عراقي قد إشترطتا الإعذار المسبق في حالة التنفيذ بطريق التعويض. في حين إعتبر القانون المدني المصري وكذلك الفرنسي الإعذار شرطاً لأستحقاق التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل، وإجراء ينبغي إستيفاؤه في كليهما (المادة ٢٠٣ مدني مصري). ويرى الباحث أن الإعذار أمر ضروري في حالة تعويض رب العمل عن الأضرار التي أصابته جراء تعيب البناء. والأحرى أن يأخذ به المشرع العراقي في جميع الضمانات المقررة على المقاول.

ولم يحدد القانون شكل الإعذار فيجوز أن يتم بصورة طلب كتابي أو أن يتم بإتفاق الطرفين على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى إنذار أو أي إجراء آخر. كما يصح أن يتم الإعذار عن طريق الكاتب العدل، أو عن طريق البريد المسجل أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود[2]. إلا أن الأصل فيه أن يكون على يد محضر. كما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية:

"لما كان الإعذار إجراءا واجبا لأستحقاق التعويض ما لم ينص على غير ذلك، وكان المقصود بالإعذار هو وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ إلتزامه، والأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بإلتزامه الذي تخلف عن تنفيذه، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين بالوفاء ويسجل عليه التأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة الى المدين بناء على طلب الدائن- لما كان ذلك، وكانت الإنذارات

---

١ - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

٢- حكم تمييزي رقم: حقوق رقم ٨٨/٨٨٢، مجلة نقابة المحامين، ص ١٧٥٣، ١٩٩٠، حيث جاء فيه: "إن الضمان لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ويصح أن يكون الإعذار بواسطة الكاتب العدل أو بطريق البريد المسجل أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود وهو تنبيه المد . الى أن الدائن غير متهاون في حقه بالتنفيذ...".

الموجهة من الطاعن الى الشركة المطعون ضدها بتاريخ ١٩٦٩/٤/٧ و١٩/٨/١٩٧٠- والمرفقات بملف الطعن- لم يتضمنا دعوى الطاعن للشركة المطعون ضدها الوفاء بإلتزامها بتمكينه من تنفيذ باقي الاعمال المسندة اليه بمبنى الحقن بالسد العالي- والتي يدعي أن الشركة المطعون ضدها منعته من تنفيذها، وإذ لم تشتمل صحيفة الدعوى كذلك على الإعذار بالمعنى الذي يتطلبه القانون، وكان عقد المقاولة المحرر عن هذه الاعمال والمرفق بملف الطعن، قد خلا من النص على الإعفاء من الإعذار، فان الحكم المطعون فيه إذا إنتهى الى رفض طلب التعويض لتخلف الإعذار يكون قد صادف صحيح القانون"[1].

٢- أن يكون التنفيذ ممكناً: يكون التنفيذ العيني ممكنا، إذا كان بأستطاعة المقاول إعادة البناء أو المنشآت الى ما كانت عليه قبل وقوع التهدم أو حدوث العيب. أما إذا إستحالت إعادة الحالة الى ما كانت عليه، فان التنفيذ العيني يصبح غير مجدٍ، ولا مناص من اللجوء الى التعويض بمقابل، وهذا بشرط عدم رجوع الإستحالة الى سبب أجنبي لا يد للمقاول فيه، وإلا فان مسؤوليته تنتفي أصلا، ولا يحق لصاحب العمل الرجوع عليه بشيء[2].

٣- أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاقاً للمقاول، أو كان فيه إرهاق، ولكن العدول عنه يسبب ضررا جسيما لرب العمل: نصت المادة ٢٤٦-٢ مدني عراقي "على إنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً". ولم يحدد المشرع المقصود بالإرهاق، لكن بعض الشراح يعرفونه بأنه "الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين من جراء التنفيذ العيني دون أن يعني مجرد الكلفة والضيق"[3]. لهذا يلاحظ من نص المادة المذكورة أن هناك موازنة بين مصالح الطرفين، فان كانت إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر تؤدي الى إرهاق المقاول، فللمحكمة أن تحكم بالتعويض

١- نقض جلسة ١٩٨٤/٣/١٢، المكتب الفني لسنة ٣٥ ق، رقم ١٢٢، ص ٦٤٥.

٢ - حسين عامر، المسؤولية المدنية، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، ط١، ص ٥٣٠.

٣ - د. البكري، المرجع السابق، ص ٣٧.

النقدي بناءً على طلب المقاول، وذلك بشرط أن لا يلحق بصاحب العمل ضررا جسيما. فالإرهاق يتحقق إذا ما وازن قاضي الموضوع بين مصالح المقاول من جهة ومصالح رب العمل من جهة أخرى، ورأى أن في تلبية طلب التنفيذ العيني تحميل المقاول تضحيات جسيمة لا تدرأ إلا ضرراً طفيفاً يصيب رب العمل، كأن يقتضي إصلاح العيب الذي يوجد في المباني أو المنشآت الثابتة هدم جزء كبير منها يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن هذا العيب[1]. ومدى الإرهاق أو الضرر الجسيم من مسائل الواقع التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع[2]. فإذا رأى القاضي أن التنفيذ العيني ممكن، لكنه يحمل المقاول نفقات كبيرة تفوق الضرر الذي قد يلحق برب العمل، فلا محل لإجباره على التنفيذ العيني، كأن يقتضي إصلاح العيب الذي يوجد في البناء هدم جزء كبير منه يكلف نفقات جسيمة، لا تتناسب مع انضرر الناتج من هذا العيب. وإذا ما كان التنفيذ العيني يشكل إرهاقاً للمقاول ولكن العدول عنه الى التنفيذ بمقابل يشكل إرهاقا أيضا الى رب العمى، هنا يجوز للمحكمة الموازنة بين مصلحة الطرفين فإذا أمكن تفادي إرهاق المقاول بضرر يسير على رب العمل، جاز للمحكمة العدول عن طلب التنفيذ العيني الى التنفيذ بطريق التعويض. ولكن إذا كان العدول الى التنفيذ بمقابل يشكل إرهاقا كبيرا لرب العمل، فان المصلحة الواجبة الحماية هي حق رب العمل في طلب التنفيذ العيني، لأنه الأجدر بالحماية ولأنه لا يتعدى المطالبة بحقه[3].

ثانياً: التعويض بمقابل

يعدّ التعويض بمقابل طريقا من طرق جبر الضرر الذي يصيب صاحب العمل جراء تعيب البناء أو تهدمه. ولا يلجأ اليه إلا في الحالات التالية[4]:

١. إذا إستحال التنفيذ العيني بخطأ المقاول.

١- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢١٩.

٢- عبدالقادر الفار، المرجع السابق، ص ٦٨.

٣- السنهوري، المرجع السابق، جـ٢، فقرة ٤١٠، ص ٧٦٤ وكذلك محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢٢١.

٤- عبدالقادر الفار، المرجع السابق، ص ٥٩، وكذلك د. البكري، المرجع السابق، ص ٨٠.

٢. إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمقاول، ولا ينطوي العدول عنه الى التعويض على ضرر جسيم يصيب صاحب العمل.

٣. إذا كان التنفيذ العيني يقتضي تدخل المقاول، ولم تُجْدِ وسائل التهديد المالي في إجباره عليه.

٤. إذا كان التنفيذ العيني ممكنا تحقيقه، ولكن صاحب العمل لم يطلبه، ولم يعرضه المقاول أو المهندس.

فإذا تعذر قيام المقاول بتنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، كان للمحكمة أن تحكم بمقابل، أي بتعويض نقدي أو غير نقدي يعادل الوفاء بإلتزامه ويوفي صاحب العمل حقه. لهذا فالتعويض بمقابل يشتمل على جانبين، جانب نقدي وآخر غير نقدي.

(١)- التعويض النقدي:

ويقصد به إحلال النقد عوضا عن عين الشيء المطلوبة[١] أو هو التعويض الذي يقدر بمبلغ من النقود وهو الطريق الشائع بل هو الأصل في التعويض بمقابل[٢].

وقد قضت المادة ٢٤٦-٢ مدني عراقي بجواز التعويض النقدي إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين شريطة ألا يلحق ذلك بالدائن ضررا جسيماً. حيث نصت على الآتي:

"على إنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيماً".

ويتبين هنا جواز الحكم بالتعويض النقدي إذا كان في التنفيذ إرهاقا

١- علي عبدالرحيم المريشد، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس في عقد المقاولة الاردني، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠١، ص ١٩٩.

٢- د. عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، المصادر، ص ٦٢٤. وكذلك محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ١٩٩.

للمقاول، بشرط ألا يتحمل رب العمل جراء التعويض النقدي ضررا جسيماً.

وفي مصر أيضا سمحت المادة ٢٠٣ مدني مصري بالتعويض النقدي، إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين. ويكون الخيار بين الحكم بالتعويض النقدي أو التنفيذ العيني أمرا متروكا لرأي المحكمة، فلا يستطيع رب العمل أو المقاول إلزامها بإختيارهما[1].

ويلجأ الى تطبيق التعويض النقدي عندما يتم إصلاح العيوب على نفقة المقاول الأول، أو كان هذا المقاول لا يتمتع بالكفاءة الفنية المطلوبة ورفض رب العمل قيامه بعمليات الإصلاح[2].

ويجوز الحكم بالتعويض النقدي إضافة الى التنفيذ العيني، لو إستغرق إعادة بناء ما تهدم من البناء، أو إصلاح ما ظهر فيه من عيوب وقتاً طويلاً، وأدى ذلك الى منع صاحب العمل من إستغلاله والإنتفاع به طيلة مدة بقائه معيباً[3]. وإذا حصلت تشوهات أدت الى نقصان القيمة الإيجارية والتجارية للبناء، رغم إصلاح تلك العيوب، فان لصاحب العمل أن يطلب التعويض النقدي إلى جانب التنفيذ العيني، وهذا الإتجاه يتفق مع القواعد العامة في التعويض، بأن يكون التعويض شاملا لما لحق صاحب العمل من خسارة وما فاته من ربح، كما قضت بذلك المادة ١٦٩-٢ مدني عراقي.

ويدخل ضمن التعويض المستحق لصاحب العمل قبل المقاول، ما لحقه من خسارة كالأضرار التي تصيبه في أمواله وشخصه بسبب تهدم أو تعيب البناء وما فاته من كسب وذلك كضياع المنفعة التي تعود عليه من الإستفادة من البناء، وما يدفعه للغير من تعويضات جراء تضرره من تهدم البناء

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٧.

٢- أنظر بهذا المعنى د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

٣- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

ومطالبته لصاحب العمل بناءً على مسؤوليته بصفته حارساً للبناء أو مالكاً له[1].

ويعود تقدير التعويض للمحكمة حسبما جاء بنص المادة ١٦٩ مدني عراقي:

"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره".

(٢)- التعويض غير النقدي:

وهو أن تأمر المحكمة بأداء شيء معين على سبيل التعويض، وهذا النوع من التعويض لا هو بالتعويض العيني، ولا هو بالتعويض النقدي، ولكنه قد يكون الأنسب وفق ما تقتضيه الظروف في بعض الصور[2]. ويرى البعض بأنه تعويض لا يقدر بمبلغ من النقود ويكون في صورة ترضية كافية لرب العمل من جنس ما لحقه من ضرر ويعد مناسبا لجبر الأضرار التي تصيب رب العمل من جراء تهدم مبناه أو ظهور العيب فيه على نحو ما تقتضيه الظروف[3].

وقد أجازت المادة ٢٠٩-٢ مدني عراقي للمحكمة تقدير التعويض بغير النقد، حيث جاء بنصها الآتي:

"٢- ويقدر التعويض بالنقد، على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين، أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض".

لهذا فالتعويض غير النقدي قد يأتي بصورة إعادة الحال الى ما كان عليه، او صورة الحكم بأداء أمر معين، أو صورة رد المثل بالمثليات.

١- المرجع نفسه، ص ١٤٧.

٢- المرجع نفسه، ص ١٤٧.

٣- المرجع نفسه، ص ٢٣٥.

ويرى الباحث أن التعويض غير النقدي في إطار مسؤولية المقاول بموجب الضمان السنوي يمكن أن يكون بصورة تعويض صاحب العمل ببناء آخر مشابه ومماثل للبناء المتعيب، أو بصورة بناء مبنى أو منشأ إضافي على نفقة المقاول بدلا عن الجزء المعيب من البناء، أو تأمين سكن مؤقت لرب العمل لحين إعادة الحال الى ما كانت عليه. ويعود تقدير مثل هذه الأمور لمحكمة الموضوع ولا معقب على أحكامها، وبالتالي فان تقدير التعويض وتحديد الأسس التي يقوم عليها التقدير وتعيين الخبراء من إختصاص محكمة الموضوع.

المقصد الثالث

تحمل المقاول وحده مسؤولية الضمان

حملت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي المقاول دون غيره مسؤولية ضمان تمام الإنجاز. فمن تحليل نص المادة يرى الباحث أن المسؤولية تقع على عاتق المقاول دون غيره من المعماريين، ويحيل بهذا الصدد الى المبحث الأول من هذا الفصل بشأن نطاق تطبيق أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة من حيث أشخاصه.

فالمقاول هو الشخص الذي قبل رب العمل التعاقد معه على إقامة المباني والمنشآت الثابتة. وتقع مسؤولية هذا الضمان على عاتق المقاول بالمفهوم العام. فهو يضمن ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو بتقصيره أم لا، بصورة مطلقة دون تحديد لنوع الضرر أو محله، ودون تحديد لمصدر الفعل، اللهم إلا إذا كان هذا الضرر ناجما عن حادث لا يمكن التحرز منه، وسواء وقع منه شخصيا أو من تابعيه، مباشر أو غير مباشر،[1] وحتى لو كان سبب التعيب مجهولا، لا تنقضي مسؤولية المقاول[2].

وقد يعهد رب العمل لمقاول واحد بإقامة البناء، فيكون في هذه الحالة هذا المقاول مسؤولا عن تعويض رب العمل عن جميع الأضرار التي تصيبه من جراء تعيب البناء أو المنشآت الثابتة بعد إنجازها وتسليمها لرب العمل، وخلال المدة المحددة للضمان والبالغة سنة واحدة. وقد يعهد رب العمل إقامة البناء الى مجموعة مقاولين يقسم عليهم العمل، ففي هذه الحالة يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الأضرار التي تصيب رب العمل من جراء تهدم ما قام به من عمل أو ما ظهر فيه من عيب بشرط أن يكون ذلك في حدود الأعمال التي قام بها فقط[3]. ويدخل في نطاق أحكام هذه المسؤولية مقاولي البياض والمحارة (اللبخ) والتكحيل (الدرز)، بخلاف الضمان العشري، وذلك

١- علي عبدالرحيم المريشد، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

٢- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ١٣٥، ود. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ١٣٤.

٣- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٤، ود. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١١٠.

لأن النطاق الموضوعي لهذا الضمان يشمل جميع العيوب حتى تلك التي لا تهدد متانة وسلامة البناء.

وإذا إشتغل العامل البسيط في البناء لحسابه الخاص ومستقلا عن رب العمل فانه يعتبر مقاولا وبالتالي يكون مسؤولا قبل رب العمل عن الأضرار التي تنشأ عما يقوم به من أعمال بعد إنجازها وتسليمها لرب العمل[1]. ورأينا أنه يشترط ألا يكون أجيرا باليومية، فإذا كان أجيرا ذهبت عنه صفة المقاول وذلك لأنه أصبح تابعا لرب العمل وبذلك لا تتحقق مسؤوليته وفق أحكام هذا الضمان.

ويكون المقاول أيضا مسؤولا بموجب أحكام هذا الضمان عن عماله ومساعديه ومقاوليه من الباطن وما يقومون به من أعمال قبل رب العمل. فهؤلاء لا يرتبطون بالأخير بعقد مقاولة، لذلك فانهم غير مسؤولين قبله.

ويجوز لرب العمل الرجوع على المقاول وفق أحكام هذا الضمان حتى لو كان سبب العيب راجعا الى التصميم الذي وضعه مهندس آخر. فمسؤولية المقاول هنا أشد من مسؤولية غيره. فقد ألقت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي مسؤولية العيوب أو الخلل على عاتق المقاول وحده دون الأشارة الى غيره من المعماريين أو المشيدين، بخلاف الضمان العشري، وذلك حمايةً لرب العمل وتوفيراً لجهده في البحث عن المتسببين بهذه العيوب. فلا يكلف صاحب العمل بتحديد من هو المخطيء أو المتسبب بالخطأ، لأن خطأ المقاول مفترض دون حاجة لأن يكلف المضرور بإثباته، وذلك بقوة القانون، وكل ما يقع على عاتق صاحب العمل هو إثبات وجود الرابطة العقدية الصحيحة ووجود الضرر الناجم عن الإخلال بإلتزام ناشيء عن هذا العقد والمتمثل بحدوث تعيب وخلل في البناء. ويكفي لقيام مسؤولية المقاول إنكشاف العيب خلال مدة الضمان، دون أن يكون على صاحب العمل إقامة الدليل على خطأ في جانب المقاول، وذلك لأن إلتزامه هو إلتزام

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١١٠.

بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، وبالتالي فانه ملزم ببقاء ما شيَّده سليماً ومتيناً خلال مدة الضمان. ويثبت الإخلال بهذا الإلتزام بمجرد عدم تحقق النتيجة ودون حاجة لإثبات خطأ ما، ولا يكفي للتحلل من المسؤولية نفيه الخطأ عن نفسه، بل يجب إقامة الدليل على السبب الأجنبي لدفع الخطأ عنه[1].

وإذا ما رجع رب العمل على المقاول عن الأضرار الناجمة عن عيوب في التصميم الذي وضعه مهندس آخر، يستطيع المقاول الرجوع على المهندس وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وليس العقدية[2]، لأنه لا وجود للرابطة العقدية بينهما، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠٤ مدني عراقي بقولها:

"كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض".

ومفاد ذلك أنه لا بد للمقاول من إثبات خطأ المهنس ليحق له الرجوع عليه بما دفعه تعويضا لرب العمل عن الأضرار التي أصابت البناء من جراء التصميم المعيب. ويستطيع الطرفان إستخدام شتى الدفوع التي أتاحها القانون لدفع المسؤولية وإثبات خطأ الآخر وتقصيره. ويرى الباحث أنه كان الأجدر بالمشرع تنظيم علاقة المقاول بالمهندس فيما يتعلق بهذا الضمان بدلا من تركها تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية. فأساس الأخيرة هو العمل غير المشروع، ويرى الباحث أن وضع المهندس لتصميم معيب لا يدخل في نطاق العمل غير المشروع بل في نطاق الإخلال بتنفيذ إلتزام عقدي. كما إن عدم تنظيم القانون لعلاقة الطرفين قد تؤدي الى إفلات المهندس من المسؤولية رغم إشتراكه في إنجاز العمل.

١- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٨٤-٢٨٥.

٢- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ١٤٠، وكذلك محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢٤٠، وعلي عبدالرحيم المريشد، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

أما فيما يتعلق بالمقاول من الباطن، فقد سبق القول أن مسؤوليته قبل رب العمل لا تنهض لعدم تحقق شروطها، ومن ثم لا يحق لرب العمل الرجوع عليه بالتعويض بمقتضى أحكام هذا الضمان. فهذا الضمان يقتصر على العلاقة بين رب العمل من جانب والمقاول الاصلي من جانب آخر دون أن يمتد الى الغير ممن ساهم في إنجاز العمل ولم يرتبط بعقد مقاولة مع رب العمل. وإذا ما رجع رب العمل على المقاول الأصلي عن الأضرار التي جاءت بسبب عيوب راجعة لخطأ من المقاول من الباطن، يستطيع المقاول الأصلي الرجوع على المقاول من الباطن عن هذه الأضرار وفقا لأحكام العقد المبرم بينهما.

الفرع الثاني

مسؤولية المقاول نحو الغير بموجب هذا الضمان

الغير في مفهوم عقد المقاولة هو كل من لا تربطه بصاحب العمل علاقة عقدية[1]. والأصل أن المقاول وفقا لاحكام المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي و٨٧٠ مدني عراقي و٦٥١ مدني مصري، يضمن ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر وخسارة، سواء كان بتعديه أو تقصيره أو بدونهما، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه[2].

من المعلوم أن تاريخ بدء سريان هذا الضمان يبدأ من تاريخ التسليم المؤقت. وهذا يعني أنه إذا أصاب الغير أي ضرر قبل تسليم العمل جراء عمل المقاول، فانه لا يدخل في نطاق هذا الضمان، وإنما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية أو كما تسمى بالعمل غير المشروع، مما ينطبق عليه أحكام المادة ٢٠٤ مدني عراقي والتي تفيد بأن كل تعد يصيب الغير بأي ضرر، يستوجب التعويض. بينما حددت المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي النطاق الشخصي لمسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان وأقرت بأن المقاول مسؤول قبل رب العمل. لذلك لا يستطيع الغير التمسك بمسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان للمطالبة بالتعويض لأنه لا يوجد عقد بين الغير المتضرر وبين المقاول. وبهذا فانه لا مسؤولية على المقاول قبل الغير بموجب هذا الضمان، لكن هذا الغير يستطيع الرجوع على المقاول بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء تهدم أو تعيب البناء، سواء قبل التسلم أو بعده ولكن بشرط أن يثبت خطأ المقاول. فمسؤولية الأخير هنا مسؤولية تقصيرية قائمة على خطأ ثابت يقتضي إثباته من قبل الغير المضرور.

وقد أوجبت المادة ١٩ و٢٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية على المقاول ان يتقيد بالأمور التي تضمن سلامة الموقع وسلامة

---

١ – علي عبدالرحيم المريشد، المرجع السابق، ص ٢١٠.

٢– احمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص ١٨١.

الجمهور أو غيره، كالعناية بسلامة الأشخاص والمعدات وتزويد الموقع بوسائل الإنارة والمراقبة والتسييج والحراسة. وقد أوجبت عليه المادة ٢٢ من نفس الشروط تعويض صاحب العمل عن جميع الخسائر وما يتحقق من مطالبات التعويض ونفقات التقاضي عن الأضرار والتكاليف والغرامات والمصاريف الناجمة عن الاذى أو الضرر الذي يلحق بأي شخص أو أية اموال مهما كانت والتي قد تنشأ من تنفيذ أو صيانة الاعمال.

وإذا أصاب الغير الضرر نتيجة تهدم أو تعيب البناء بعد تسليمه الى رب العمل، فان رب العمل يكون مسؤولا عن هذه الأضرار مسؤولية تقصيرية إذا ما إستطاع الغير أن يثبت الخطأ بجانب رب العمل كما تقضي بذلك المادة ٢٢٩ مدني عراقي[1]. فمسؤولية رب العمل عن الأضرار التي تصيب الغير جراء التهدم أو التعيب في البناء هي أيضا مسؤولية تقصيرية مبنية على خطأ ثابت يقتضي من الغير المضرور إثباته[2]. ولكن يستطيع رب العمل الرجوع على المقاول وفق أحكام الضمان السنوي إذا جاء ذلك ضمن المدة القانونية المحددة قانونا للضمان بشرط أن يرفع رب العمل دعواه قبل المدة المقررة لتقادم الدعوى وهي في هذا الضمان في القانون الفرنسي نفس مدة سريانه والبالغة سنة واحدة. ويعتبر التعويض الذي يدفعه رب العمل الى الغير جراء الضرر الذي أصابه من تهدم أو تعيب البناء، من جملة الأضرار التي يستطيع رب العمل الرجوع بها على المقاول وفق أحكام هذا الضمان.

لهذا لا بد من التفريق بين كون الأضرار التي وقعت للغير وكان البناء في عهدة رب العمل، وبين وقوعها للغير وكان البناء بعهدة وتحت مسؤولية المقاول. فإذا كان بعهدة رب العمل، هنا ايضا ينبغي التفريق بين كون الضرر قد حصل خلال مدة الضمان السنوي أم حصل بعد إنتهاء هذه المدة. فإذا

١- تنص المادة ٢٢٩ مدني عراقي على الآتي: "١- لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً فان كان البناء مائلا للإنهدام أو فيه عيب أدى الى سقوطه وكان صاحبه قد نبه الى ذلك أو كان يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بها، وجب الضمان".

٢ - محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

كان البناء في عهدة المقاول وتحت إشرافه ومسؤوليته وحصل ضرر للغير، فلا بد أن يضمن المقاول هذا الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. وهذا ما خلصت اليه محكمة النقض وإستقر عليه القضاء في مصر حيث ورد في حكم لها ما يلي:

"... لا يجوز لصاحب بناء اعترى بناءه خلل بسبب تقصير المقاول في أعمال البناء المجاور أن يوجه دعواه بالتعويض الى مالك هذا البناء (المجاور) لمجرد كونه مالكا، إذ ما دام التقصير قد وقع من المقاول وحده فان المسؤولية عن ذلك لا تتعداه.."[1].

أما اذا وقع الضرر للغير والبناء في عهدة صاحب العمل، لا شك أن صاحب العمل يضمن ما حدث للغير من أضرار بسبب تعيب البناء. وإذا ما حدث الضرر خلال المدة التي حددها القانون للضمان السنوي، فان صاحب العمل يستطيع الرجوع على المقاول بالتعويض عن تعيب البناء وعن ما دفعه للغير من تعويض وما تكبده من مصاريف ورسوم وما فاته من كسب وما لحق به من خسارة. أما إذا حصل الضرر للغير بعد إنتهاء مدة الضمان السنوي، فيستطيع رب العمل الرجوع على المقاول وفقا لأحكام الضمان العشري إذا ما إنطبقت شروطه وأركانه وإلا فانه يتحمل وحده مسؤولية تعويض الغير وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

اما بالنسبة الى التقادم، فتقضي المادة ٢٣٢ مدني عراقي بأنه:

"لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد إنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه...".

لهذا لا تسمع دعوى الغير على رب العمل أو المقاول للمطالبة بالأضرار التي أصابته جراء تعيب البناء بعد مضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم

١- نقض ٣ نوفمبر ١٩٣٨، مجموعة عمر، جـ٢، رقم ١٤٥، ص ٣٩٧.

فيه الغير بحدوث الضرر اليه وبالشخص الذي أحدثه. ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد إنقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. في حين لا تسمع دعوى رب العمل على المقاول بموجب هذا الضمان بعد مرور سنة من تاريخ تسلم الأعمال. وهذا يعني أن الغير يستطيع رفع دعواه خلال ثلاث سنوات من العلم بحدوث الضرر، بينما تتقادم دعوى رب العمل على المقاول بعد مرور سنة واحدة من التقبل. ورأينا أن يتم توحيد مدة تقادم دعوى الغير على رب العمل مع مدة تقادم دعوى رب العمل على المقاول، ضماناً لمصلحة رب العمل أولا، وثانيا لأن الدعويين متعلقتان بموضوع واحد هو إخلال المقاول بإلتزامه ببقاء البناء سليما وخاليا من العيوب.

وإذا كان القضاء المصري قد إستقر على الحكم بعدم جواز رجوع الغير المضرور على رب العمل وإنما له أن يرجع على المقاول بدعوى التعويض عن الضرر الذي أصابه[1]، فلا يأتي ذلك إستنادا الى أحكام الضمان العشري أو الى ضمانات المقاول بصورة عامة، وإنما إستنادا الى قواعد المسؤولية التقصيرية وذلك لإشتراطه أن يثبت الخطأ في جانب المقاول، وهذا يعني أنه أقام مسؤولية المقاول على أساس الخطأ الثابت وليس الخطأ المفترض كما هو الحال في المسؤولية الخاصة بالمقاول، وبذلك لا يستطيع الغير الرجوع على المقاول بأي دعوى من دعاوى المسؤولية الخاصة بالمقاول، بل بدعوى المسؤولية التقصيرية.

---

١ – جاء في حكم اخر لمحكمة النقض المصرية ما يلي: "... وانه اذا حملت المحكمة المقاول وحده دون الحكومة المسؤولية عن الضرر الذي أحدثه بالمنازل المجاورة للمشروع الذي عهدت اليه الحكومة القيام به، وذلك بناءً على أن الحكومة حين عهدت اليه بالعملية، وهو مقاول فني؛ قد حملته مسؤولية الاضرار التي قد تحصل عنها، انه لم يثبت انها هي التي وقع منها خطأ في تصميم العملية الذي قدمته له وسار على أساسه، ولا أن المهندس الذي كلفته بالاشراف على العمل تدخل فعليا في الاعمال التي كان يجريها أو أن وضع الحكومة لمواصفات المقاولة ورسومها وعدم إستطاعة المقاول الخروج عن حدود هذه المواصفات لم يكن ليحول دون أن يتخذ هو من جانبه الاحتياطات التي كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عند تنفيذ المقاولة، فان هذا الحكم لا يكون في قضائه بعدم مسؤولية الحكومة قد شابه قصور في إيراد الوقائع". نقض مدني أول يونية ١٩٤٤، مجموعة عمر، جـ٤، رقم ١٤٥، ص ٣٩٧.

المطلب الثاني

أسباب الإعفاء من الضمان

تنهض مسؤولية المقاول بموجب الضمان السنوي عندما يظهر العيب أو الخلل خلال المدة المقررة للضمان والبالغة سنة واحدة إعتبارا من تاريخ التسليم المؤقت، وذلك دون أن يكلف رب العمل بإثبات خطأ المقاول، لأنه خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس. فلا يجوز للمقاول في سبيل دفع هذه المسؤولية عن نفسه أن يثبت عدم إرتكابه الخطأ وأنه قام بواجب العناية المطلوبة منه حتى لا يتعيب البناء، وذلك لأن هناك إلتزاماً قانونياً على المقاول بأن يظل البناء سليماً وخالياً من العيوب طيلة مدة الضمان إعتباراً من تاريخ تسلم رب العمل للبناء. ولكن بالمقابل لا يعني هذا أن المقاول لا يستطيع دفع مسؤوليته إذا حصل شيء من هذا القبيل، بل يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ويسقط الضمان عنه إذا ما إستطاع نفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض من جانبه، وبين الضرر الذي لحق رب العمل من جراء حدوث التهدم أو التعيب في البناء، كأن يثبت أن الخطأ جاء نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة على سبيل المثال، أو أنه راجع الى خطأ رب العمل نفسه الخبير بشؤون البناء أيضا. وفي هذه الحالة يقع عليه عبء إثبات خطأ رب العمل، أو الغير، أو السبب الأجنبي. وإذا تمكن من إثبات ذلك، فانه يتخلص من المسؤولية ولا يستطيع رب العمل الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء حدوث التهدم أو التعيب في البناء. ويلاحظ أن القضاء لا يميل الى التوسع في مفهوم السبب الأجنبي، بل يضيّق منه الى حد كبير، كما إنه لا يأخذ بخطأ رب العمل أو خطأ الغير إلا بشروط معينة.

وإذا ما تحققت مسؤولية المقاول بتحقق شروطها وأركانها، ثبت حق رب العمل في الرجوع بالضمان عليه. وبعدها يكون رب العمل حراً في التصرف بحقه، فيجوز له أن ينزل عنه نزولاً صريحاً أو ضمنياً، وهذا لا يتعلق بالنظام العام فهو محض مصلحة خاصة له ولا يجوز منعه من التصالح عليها أو التنازل عنها متى قدر أن مصلحته سوف لن تتحقق في ذلك وليس سواه[1].

لهذا سيناقش هذا المطلب فرعين أساسيين، الأول عن نفي العلاقة السببية بين الضرر الذي أصاب رب العمل نتيجة عيوب البناء، وبين عمله في تشييده، والثاني عن دور إرادة رب العمل في الإعفاء من آثار هذا الضمان.

١- السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ٢١٨، وكذلك د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٥.

الفرع الأول

نفي العلاقة السببية

يستطيع المقاول التخلص من المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه، وبين الضرر الذي لحق رب العمل جراء التهدم أو العيوب في البناء. فعليه أن يثبت أن هذه العيوب لا ترجع الى فعله، وإنما نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، كحصول حادث فجائي، أو قوة قاهرة غير متوقعة لا يستطيع ردها، أو أن يثبت خطأ رب العمل الخبير بالبناء أو خطأ الغير الذي لا يكون المقاول مسؤولا عنه. وفي هذه الحالة لا يستطيع رب العمل مساءلته عن الأضرار التي أصابته من جراء هذه العيوب.

لذلك سنلقي الضوء في هذا الفرع على الطرق التي يستطيع من خلالها المقاول أن يدفع بنفي العلاقة السببية بين الضرر المتحقق وبين فعله، لكي يدفع المسؤولية عنه. وهذه الطرق تتمثل في القوة القاهرة أولا ثم خطأ رب العمل ثانيا ثم خطأ الغير ثالثا، وهذا ما سنناقشه في المقاصد الثلاثة التالية:

المقصد الأول

القوة القاهرة

نصت المادة ٨٧٢ مدني عراقي: "يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين، إذا تبين من الظروف التي إنكشفت فيها عيوب البناء أن هذه العيوب إنما نشأت عن أسباب لم تكن متوقعة وقت إقامة البناء".

كما نصت المادة ٢١١ مدني عراقي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك".

وجاء في نص المادة ٤٢٥ مدني عراقي ما يلي: "ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه".

من النصوص المتقدمة، نلاحظ أن المشرع العراقي قد أخذ بالسبب الأجنبي كطريق لنفي المسؤولية عن المدين (المقاول)، فهذه من القواعد العامة في نفي المسؤولية. ويلاحظ أنه يعتبر الحادث الفجائي والقوة القاهرة من الأسباب الأجنبية. بينما لا يفرق معظم الفقه بين الإصطلاحين ويعتبرهما شيئا واحدا،[١] ويرى إتجاه آخر أن القوة القاهرة هي الواقعة التي لا يكون في طاقة الشخص أن يدفعها أو أن يمنع أثرها، في حين أن الحادث الفجائي هو الواقعة التي لا يمكن توقعها[٢]. ورأينا أن التعبيرين لا يختلفان كثيرا، وأن المشرع قد أوردهما بشكل مترادف لتدلان على أمر واحد، طالما أنهما يقتضيان لإثبات أثرهما أن تتوافر فيهما شروط القوة القاهرة التي هي أن يكونا غير متوقعين ولا يمكن دفع ما ينشأ عنهما من ضرر وأخيرا أنه لا دخل لإرادة الملتزم في وقوعهما، بحيث يجعل ذلك من تنفيذ الإلتزام أمرا مستحيلا[٣].

ويعرف الفقه القوة القاهرة بأنها أمر غير متوقع حصوله، وغير ممكن تلافيه، يجبر الشخص على الإخلال بإلتزام، ويشترط فيه أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه، إضافة الى أنه لا يمكن درء الضرر الناشيء عنه[٤]. أو هي كل واقعة تؤدي الى تهدم المباني أو المنشآت الثابتة التي لا يتوقع حدوثها ولا يمكن تلافيها، ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثها وتجعل تنفيذ إلتزامه مستحيلا[٥]. وعرفها آخر بأنها الحادث غير المتوقع، ولا يد للشخص فيه، ولا

١- أنظر د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٢، ص ١٢٢٤، وكذلك عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

٢- د. عبدالرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، (بلا سنة نشر)، ص ٨٩.

٣- د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، (بلا دار نشر)، ١٩٧١، ص ٤٩١.

٤- المرجع نفسه، ص ٤٨٥.

٥ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٥.

يستطاع دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا[1]. فالقوة القاهرة هي حدث إستثنائي لا يمكن لأي من الطرفين السيطرة عليه أو أن يحتاط له قبل توقيع العقد، كما لا يمكن تجنبه حال حدوثه لأنه لا يعزى الى أي من الطرفين. ويترتب على حدوثه أن يصبح من المستحيل لأي من الطرفين الوفاء بإلتزاماته، ومن أمثلتها الحرب والتلوث الإشعاعي وقوى الطبيعة وقرارات السياسة العامة للسلطات الحكومية[2].

ويقصد بعدم إمكان التوقع ليس بالنسبة الى الحوادث التي لم يسبق وقوعها، وإنما الحوادث التي لا يستطاع توقع وقت حدوثها مرة ثانية حتى من أشد الناس حيطة[3]. وعلى ذلك تعد الزلازل والبراكين والغارات الجوية، على سبيل المثال، من قبيل القوة القاهرة، إلا أنه يختلف بصدد الظواهر الطبيعية، مثل هطول الأمطار، أو العواصف، فهذه يمكن التنبؤ بحدوثها على ضوء التقدم العلمي المعاصر، وعليه لا تعد قوة قاهرة، إلا إذا خرجت عن التوقع، وكان من المستحيل دفعها[4].

فإذا أثبت المقاول قيام القوة القاهرة، إنقطعت علاقة السببية بين نشاطه وبين الضرر اللاحق برب العمل، وبالتالي تندفع مسؤوليته القانونية لتعويض الضرر الذي أصاب رب العمل من جراء التهدم أو ظهور العيب[5]. ولكن ذلك لا ينفي خطأ المقاول، بل ينفي مسؤوليته فقط بسبب قطع علاقة السببية، طبقا لما تقضي به القواعد العامة،[6] وإنقطاع الرابطة السببية يؤدي بدوره الى هدم القرينة المعمارية.

١- د.عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٥٩٩.

٢-د. أحمد شرف الدين، عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها، (بلا دار نشر)، ٢٠٠٨، ص ٢٣٤.

٣- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

٤- د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٦١.

٥- د. عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر، إلتزامات المقاول والمهندس ومسؤوليتهما في عقد المقاولة في القانون اليمني، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ٤٧٢.

٦- محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

ولا يكفي لدفع المسؤولية إثبات وجود القوة القاهرة، وإنما للمحكمة أن تنظر الى مدى مساهمة القوة القاهرة في إحداث الضرر ونشوئه[1]، أي أنه إذا كان الضرر عائدا في جزء منه الى القوة القاهرة، وتوافر الى جانب ذلك، خطأ من المقاول، فان الأخير لا يستطيع التذرع بالقوة القاهرة لدفع مسؤوليته[2]. بل يجب قبول القوة القاهرة كسبب مسقط للضمان على الحالة التي يكون فيها ثبوتها قاطعا[3]. فيستلزم لإنتفاء مسؤولية المقاول أن تكون القوة القاهرة هي السبب الوحيد في إحداث الضرر. ورغم أن القانون المدني العراقي لا يتضمن نصاً يشير الى قطعية ثبوت القوة القاهرة لكي تأخذ بها المحكمة، لكن الباحث يرى أن التشدد في هذا الجانب يتفق مع قصد المشرع في توفير الحماية اللازمة لرب العمل لهذا أرى أن ينحو القضاء العراقي منحى زميله المصري ويتشدد في شروط قبول القوة القاهرة كسبب مسقط للمسؤولية، خاصة وأنه قد يلجأ أحياناً الى الإستعانة بأهل الخبرة لإثبات القوة القاهرة، وهذا قد يؤدي الى ضياع الحق بسبب محاباتهم لأبناء الصنعة.

وقد يحصل أن يوجد عيب في البناء، ثم يتهدم بقوة قاهرة دون أن يكون للعيب دخل في تهدمه، ففي مثل هذه الحالة لا تعود لصاحب العمل مصلحة في رفع دعوى الضمان، إذ أن البناء كان سيتهدم ولو لم يوجد فيه العيب.

١- د. عبداللطيف الحسني، المسؤولية المدنية (بلا دار نشر أو سنة طبع)، ص ٢٥٣.

٢- لم تعتبر محكمة أمن الدولة العليا في مصر بحكمها في ١٩٩٣/٨/١٢ حدوث زلزال القاهرة بمثابة القوة القاهرة التي تقطع علاقة السببية، وقد أرجعت قضاءها في ذلك لعدة أسباب من بينها أن قوة الزلزال الذي ضرب المبنى والمنطقة المجاورة له ليس من طبيعته أن يسقط المباني ولكنه يعمل على تصدعها أو حدوث تشققات بها. فقد جاء في نص الحكم ما يلي: "إن الزلزال الذي تبلغ قوته ٥,٩ بمقياس ريختر والذي اهتزت له مصر يوم ١٩٩٢/١٠/١٢ لا ينتج عنه إنهيار المباني الحديثة ذات التصميم الجيد والتنفيذ السليم وينتج منه فقط تصدع بسيط فيها ويكون التصدع كبيراً في المباني الخرسانية ذات التنفيذ السيء". د. غنام محمد غنام، قضية عمارة الموت بمصر الجديدة، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٤، ص ٣٨٣ وما بعدها.

٣- علي عبدالرحيم المريشد، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

ولكن إذا بانت له مصلحة جاز أن يرجع على المقاول بالضمان، مثال ذلك، أن يكون العيب من شأنه أن يزيد في الضرر الناجم عن التهدم، أو أن شركة التأمين تحتج بالعيب فتدفع له تعويضا أقل، ففي مثل هذه الأحوال يرجع صاحب العمل بالضمان على المقاول بالقدر الذي أصيب فيه بضرر من جراء العيب[1]. لكن القضاء الفرنسي قد عدل عن قاعدة السببية الجزئية، أي توزيع المسؤولية بين المسؤولين عن الأسباب المتعددة تبعا لنصيب كل سبب منها في إحداث الضرر، ولجأ الى نظرية السبب المنتج. فقد تم إختيار أكثر الأسباب فاعلية في إحداث التهدم، أو الخلل في البناء[2]. فان كانت القوة القاهرة هي السبب المنتج إنتفت مسؤولية المقاول، وأما إذا كان خطأ المقاول هو السبب المنتج في إحداث الضرر، فتبقى مسؤوليته قائمة تجاه صاحب العمل.

وتقرير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ما دام أنها تقيم قضاءها على أسباب سائغة[3]. ويميل القضاء غالباً الى التشدد في قبول القوة القاهرة كسبب لدفع المسؤولية، وقد أخرج القضاء الفرنسي كل الأسباب التي تؤدي الى إنهيار البناء من نطاق السبب الاجنبي اذا كان يمكن توقعها أو دفعها حتى ولو كان عسيرا[4]. فلم يعتد بالدفع بإنتفاء المسؤولية للسبب الاجنبي- على سبيل المثال- ما دفع به من تلف السقف الخشبي نتيجة لمهاجمة السوس له حيث كان ينبغي على المقاول معالجة الاخشاب بمادة كيميائية لقتل السوس[5]. كما رفضت إحدى المحاكم المصرية أن ترى من قبيل القوة القاهرة الرياح بالغة الشدة والتي عصفت بسرعة ٧٢ كم في الساعة مما أطاح

١- أنظر السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٣٧.

٢ - د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

٣- بنها الابتدائية (جنح مستأنفة) ٢٨ فبراير ١٩٥٩، المجموعة الرسمية، ٥٨-١٧٤-٨٨.

٤- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٣١.

٥- د. عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر، المرجع السابق، ص ٤٧٤.

بسقف المبنى، لأن هذه العاصفة بالشدة التي كانت عليها لم تكن تشكل في الاقليم الذي وقعت فيه حادثاً غير ممكن التوقع ولا يستحيل الدفع[1].

ولا يمكن إعتبار عيب التربة أو العيب الناشيء عن خلل في الأرض قوة قاهرة، فقد نصت المادة ٨٧٠ مدني عراقي والخاصة بالضمان العشري بصريح العبارة على أن يبقى الإلتزام ولو كان الخلل أو التهدم ناشئا عن عيب في الأرض. ومن الأولى تطبيق هذا الحكم على الضمان السنوي لأن مدته أقصر.

وفي ضوء التقدم الهائل في مجال تكنولوجيا البناء وعلوم طبقات الأرض وفحص التربة، أرى أن دائرة القوة القاهرة أصبحت ضيقة الى حد كبير. وإذا كان من المنطقي حينها إعتبار هبوط الشارع وتكسر الأسفلت بسبب خلل في مجاري المياه[2]، أو تعرض الخشب المستخدم في البناء الى جرثومة لم يكن بالإمكان كشفها بوسائل الفحص الفني المتعارف عليها[3] من قبيل القوة القاهرة، إلا أنه لا مسوغ حاليا لإعتبارها كذلك في ضوء التطور العلمي الكبير في الوقت الحالي. حتى الزلازل والبراكين والأعاصير، أصبحت في هذا الوقت ظواهر يمكن توقعها والتقليل من آثارها، ويمكن للقضاء عدم إعتبارها من قبيل القوة القاهرة.

أما شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية فقد جعلت من الحروب وأعمال التمرد والعصيان والهياج الشعبي ومخاطر الطاقة الذرية والإشعاعات من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المقاول من مسؤولياته، عندما نصت في المادة ٢٠ على الآتي:

"- يتحمل المقاول المسؤولية الكاملة... عن العناية بالأعمال ومعدات الإنشاء وإذا لحق أي ضرر أو خسارة أو عطل بالأعمال أو بأي جزء منها...

١- نقض مدني ١٩٧٨/٤/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٨ رقم ١٣٦ ص ٦٣٨.

٢ - إستئناف مختلط، ١٩٠١/٣/٢٨، بولتان ١٣ ص ٢٢١.

٣- د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٦٥.

لأي سبب كان عدا المخاطر المستثناة... – تنحصر المخاطر المستثناة بما يلي وضمن حدود الجمهورية العراقية:

أ– الأعمال الحربية (سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) أو أعمال الغزو من عدو أجنبي أو التمرد أو الثورة أو العصيان أو الحرب الأهلية أو إغتصاب السلطة.

ب– حوادث الشغب أو الهياج أو الإخلال بالنظام عدا ما يحدث بين مستخدمي المقاول، أو المقاول الثانوي.

ج– مخاطر الطاقة الذرية والإشعاعات النووية..." .

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع قد ذكر حالات القوة القاهرة على سبيل الحصر وحددها بالأعمال الحربية بكافة أشكالها وحوادث الشغب ومخاطر إشعاعات الطاقة الذرية، فهو لم يذكر على سبيل المثال حالة الزلازل أو البراكين أو هياج البحر (تسونامي) أو الفيضانات أو الهزات الأرضية أو الحالات الأخرى غير المتوقعة، مما يعني أنها لا تدخل في نطاق القوة القاهرة التي تعفي المقاول من إلتزاماته، مع إن اغلب الفقه[1] يتفق على أن مثل هذه الحوادث وفي شروط معينة هي من قبيل القوة القاهرة. ويرى الباحث أنه كان الأولى الإكتفاء بأحكام القانون المدني فيما يتعلق بالقوة القاهرة والسبب والأجنبي.

وقد أخذ القانون المدني الفرنسي بالقوة القاهرة عندما نص في المادة ١١٤٨ منه على أنه:

"ليس هناك تعويض عن الأضرار بسبب قوة قاهرة أو حادث جبري منع المدين من إعطاء أو عمل ما إلتزم به، او القيام بعمل كان ممنوعا عليه".

فالقانون هنا لم يقدم تعريفا لمعنى القوة القاهرة وإكتفى فقط بذكر آثارها

١– د. عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر، المرجع السابق، ص ٤٧٤.

على المدين كمانع من تنفيذ إلتزاماته[1]. وقد عرفها القضاء الفرنسي بأنها "ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ إلتزاماته شريطة أن يكون ذلك الحادث غير متوقع ولا يمكن مقاومته"[2]. لهذا فان عناصرها هي: حادث غير متوقع، ولا يمكن مقاومته أو تجنبه، وأجنبي خارج عن إرادة الطرفين[3].

وفي القانون المدني المصري، نصت المادة ١٥٩ على أنه:

"في العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

وجاء في نص المادة ٨٣-٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري ما يلي:

"يعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير (راجع) لأسباب خارجة عن إرادته، وللسلطة المختصة- في غير هذه الحالة- بعد أخذ رأي الإدارة المشار اليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر".

ومفاد النص إنه إذا كان التأخير في إنجاز العمل قد تم لأسباب خارجة عن إرادة المقاول ومنها القوة القاهرة، فانه يجوز إعفاء المقاول من غرامة التأخير، وذلك بعد أخذ رأي الجهة المختصة وهي إدارة الفتوى بمجلس الدولة المصري.

وعرفت المادة ١٩-٢ من عقد الفيديك القوة القاهرة وأعطت أمثلة لها، حيث نصت على الآتي:

١- لمزيد من التفاصيل أنظر عصام عبدالفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات واعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣١٧.

2 –Cass. Com. 3 Oct 1989, JCP 1990, 11, 21423, sion M. Jepl.

٣ – د. عصام عبدالفتاح مطر، المرجع السابق، ص ٣١٨.

"يعني مصطلح القوة القاهرة في هذا الفصل أي واقعة أو ظرف إستثنائي يتصف بالآتي:

أ- أنه خارج عن سيطرة أي فريق.

ب- أنه لم يكن بوسع ذلك الفريق أن يتحرز منه بصورة معقولة في إبرام العقد.

ج- أنه لم يكن بوسع ذلك الفريق أن يتجنبه أو يتلافاه بصورة معقولة عند حدوثه.

د- أنه لا يعزى بشكل جوهري الى الفريق الآخر.

وإن القوة القاهرة يمكن أن تشمل ولكنها ليست محصورة في أي من أنواع الوقائع أو الظروف الإستثنائية التالية، طالما تحققت فيها الشروط الواردة أعلاه (أ، ب، ت، ث) جميعها:

١- الحرب أو الأعمال العدوانية (سواء أعلنت الحرب أو لم تعلن) أو الغزو أو أفعال الأعداء الأجانب.

٢- التمرد أو أعمال الأرهاب أو الثورة أو العصيان أو الإستيلاء على الحكم بالقوة أو الحرب الأهلية.

٣- الإضطرابات أو المشاغبات أو حركات الإخلال بالنظام أو الإضطرابات أو الحصار من قبل أشخاص من غير أشخاص المقاول والمستخدمين الآخرين لدى المقاول والمقاولين الفرعيين.

٤- الأعتدة الحربية أو المواد المتفجرة أو الإشعاعات الأيونية أو التلوث بالإشعاعات النووية بإستثناء ما يمكن أن يعزى الى إستخدام المقاول لمثل هذه الأعتدة أو المتفجرات أو الإشعاعات.

٥- كوارث الطبيعة مثل الزلازل أو الأعاصير أو العواصف العاتية أو النشاط البركاني".

وتضمنت تلك المادة أيضا طريقة الإشعار بالقوة القاهرة وأوجبت أن يصدر خلال ١٤ يوما من تاريخ العلم بالحدث، ويعتبر الفريق الذي أرسل الإشعار معذورا من أداء الإلتزامات المنوه عنها طيلة بقاء مفعول القوة القاهرة المانعة من أدائها.

وحددت المادة 5-d من إستمارة العقد الحكومي النموذجي الأمريكي 23-A في نيسان ١٩٦١ أسباب إعفاء المقاول من إلتزاماته بما يلي:

"لا ينهى حق المقاول في تنفيذ العقد ولا يتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة في الحالات التالية:

١- حصول تأخير في إنجاز العمل لأسباب غير متوقعة وخارج السيطرة ولم تكن نتيجة تقصير أو إهمال المقاول، وتشمل ولكن لا تحدد بالآتي: أعمال السماء، وأعمال العدو، وأعمال الحكومة سواء في إطار صلاحياتها السيادية أو التعاقدية، وأعمال مقاول آخر ينفذ عقد مع الحكومة، والحرائق، والفيضانات والأوبئة، وإجراءات الحجر الصحي، والأضرابات، والحصار على الشحن، والتقلبات الجوية القاسية وغير الأعتيادية، وتأخر المقاولين الثانويين أو المجهزين لأسباب غير متوقعة وخارج السيطرة ودون تقصير أو إهمال المقاول أو المقاول الثانوي أو المجهز".

وربما يكون هذا النص من أكثر هذه النصوص شمولا لحالات القوة القاهرة، الذي يمكن الإستفادة منه في تحديد نطاقها إذا ما جرى وضع نظام قانوني لضمان الإلتزام بالصيانة في القانون العراقي.

المقصد الثاني

خطأ رب العمل

ليس كل خطأ من صاحب العمل ينفي مسؤولية المقاول عما يحدث في المباني أو المنشآت من تهدم أو ما يظهر فيها من عيوب، بل هناك حالات محددة تنهض بها مسؤولية رب العمل ويتخلص المقاول من المسؤولية المترتبة عن ظهور العيوب. ويتضح من إستقراء أحكام القضاء أن الدفع بخطأ رب العمل نادراً ما يكون له أثر في إعفاء المقاول من المسؤولية خاصة عندما يكون رب العمل غير خبير بفن العمارة، بينما ينحصر أثر الدفع أو يكاد في مسؤوليته حين يتعلق الامر بتدخل خاطيء من قبل رب العمل الحصيف وذي الخبرة بفنون العمارة[1]. فصاحب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء، ولذلك كان لا بد من حماية خاصة له، بينما يعتبر المقاول من رجال الأعمال ذوي الخبرة الفنية، وهو في ذات الوقت الجانب الأقوى في عقد المقاولة بسبب هذه الخبرة.

فإذا حدث خطأ رب العمل بعد إتمام الأعمال، وتسلمها مقبولة منه، كأن يجري تعديلات معيبة على كيفية توزيع الأماكن داخل العقار، فيترتب عليها حدوث الخلل، أو يقوم بأحداث فتحات في الجدران الحاملة مما يؤدي الى إضعاف قدرة الجدار على التحمل ويعرض متانة البناء الى الضعف، في هذه الحالة فان صاحب العمل يسأل وحده عن التهدم أو الخلل الحاصل في البناء[2]. وعلى هذا المبدأ قضت محكمة تميز العراق في حكم لها جاء فيه:

"... إن رب العمل قد إستعمل الأحواض دون أن يتخذ الحيطة الكافية في سد منافذ الفلنجات وربط الأنابيب بصورة صحيحة، وإن هذا الإستعمال المعيب من قبله للمشروع هو الذي أدى الى هذا التهدم والتشققات وإزديادها بمرور الزمن، حسبما ورد بتقرير الخبراء. ولما كان إستعمال أبنية

١- د. عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

٢- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

المشروع بصورة معيبة وغير صحيحة أمرا خارجا عن إرادة المقاول، فانه لا يكون مسؤولاً عما أدى اليه من نتائج، إذ أن المسؤولية في هذه الحالة تكون على من قام بالفعل مباشرة أو تسبب في الضرر.."[1].

ومن الأخطاء التي تنفي المسؤولية عن كاهل المقاول، إذا إستعمل صاحب العمل البناء إستعمالا يتعارض مع الغرض المشيد من أجله، كأن يكون المبنى سكني، وحوله صاحب العقار الى مصنع، فان ذلك يرفع المسؤولية عن عاتق المقاول. وقد قضت المادة ٢٢٩ مدني عراقي بمسؤولية صاحب العقار في حالة سقوطه وتسببه بأضرار تلحق بالغير إلا إذا أثبت عدم تعديه وتقصيره.

ويشترط لتحميل رب العمل كامل المسؤولية ونفيها عن المقاول، أن لا يقع خطأ من جانب الأخير يسهم مع خطأ رب العمل في حصول التهدم أو ظهور العيوب، فان ثبت خطأ في جانب المقاول، فان مسؤوليته لا ترتفع كلية بسبب خطأ صاحب العمل. وإنما يعدُّ الضرر راجعا الى خطأ مشترك، وتوزع المسؤولية فيما بينهما[2]، وذلك بشرط ألا يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، وإلا كان مسؤولا وحده عن الضرر[3].

ومن شروط خطأ رب العمل لكي تنتفي به مسؤولية المقاول، أن يكون صاحب العمل من المتخصصين في مجال البناء والتشييد ولديه من الخبرة في فن البناء ما يفوق خبرة المقاول الذي تعاقد معه. فإذا ما أذعن المقاول لتعليمات صاحب العمل وأوامره مما أدى الى ظهور تعيب في البناء، فان هذا لا يعدُّ خطأ من جانبه، والضرر يرجع الى خطأ رب العمل وحده، وتنتفي مسؤولية المقاول،[4] شريطة أن يوفي بما يتعين عليه من واجب مثل إبداء الرأي

---

١ - حكم محكمة تمييز العراق رقم ٨/ إستئنافية/ ١٩٧١ في ١٩٧١/٥/٦، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثانية، ت٢ ١٩٧٢، ص ١٦٦.

٢ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٧.

٣ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٣٧.

٤ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٨.

والنصيحة وعمل التحفظات اللازمة أو حتى الإمتناع عن التنفيذ. فإذا حدث تقصير في هذا الجانب كان مشتركا مع صاحب العمل في الضرر الذي وقع، وهذا يؤدي الى تخفيض التعويض المستحق عليه فقط[1]. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بما يلي:

"إلا إنه إذا كان المقاول قد نبه صاحب العمل الى ما كشفه من خطأ في التصميم فأصر على تنفيذه، وكان لصاحب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فان إذعان المقاول لتعليمات صاحب العمل في هذه الحال لا يجعله مسؤولا عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم إذ أن الضرر يكون راجعاً الى خطأ صاحب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة"[2].

ويمكن الإعتداد في بعض الأحيان بخطأ رب العمل، وعده سببا لنفي قرينة مسؤولية المقاول أو التخفيف منها إذا إجتمعت فيه شروط القوة القاهرة كافة من عدم إمكان التوقع، وإستحالة الدفع، ورجوع الخطأ اليه وحده، الأمر الذي تنتفي به مسؤولية المقاول، مثال ذلك قيام صاحب العمل بتركيب شبكة كهربائية في البناء تركيبا معيبا مما أدى الى حدوث الخلل المدعى به[3].

والأصل أن المقاول خبير في فن البناء بخلاف صاحب العمل الذي يفترض فيه الجهل بهذا الفن[4]، فإذا تدخل صاحب العمل في إقامة المنشآت المعيبة، سواء بفرض مواصفات معينة، أو بتقديم مواد معينة، أو بالموافقة على تصميم معيب، فان ذلك لا يعفي المقاول من مسؤوليته، لأنه كان من

---

١ - د.محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

٢ - الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ قضائية، جلسة ١٩٦٦/١٢/٨، س ١٧، صفحة ١٨٣٠، محمد قمر، الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، الجزء السابع، دون طبعة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،، ٢٠٠٣، صفحة ٤٣٢٧.

٣ - د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

٤ - المرجع نفسه، ص ٢٣٣.

الواجب عليه تنبيه صاحب العمل الى عدم كفاية المواصفات أو الى عيوب البناء[1]. وبالنتيجة لا يقبل تمسك المقاول بالتدخل الخاطيء من جانب صاحب العمل كذريعة للتحلل من المسؤولية عما أصاب الأعمال من عيوب.

ولا يؤثر في مسؤولية المقاول إجازة رب العمل إقامة المنشآت المعيبة، فهذه الحالة لا تعد فعلاً تنتفي معه مسؤولية المقاول، ويكون الخطأ هو خطأ المقاول، لأن صاحب العمل غير فني، فلا يعتد بإجازته، ولا يكون لهذه الإجازة أثر في التخفيف أو الإعفاء من مسؤولية المقاول[2].

وقد جاءت المادة ٢٠-ب-٢-د من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية بحكم مناقض لما ورد في المادة ٥٠ من هذه الشروط. فقد أعفت تلك الفقرة المقاول من مسؤولياته إذا كانت الأضرار الحاصلة في البناء ناجمة عن إستعمال أو إشغال صاحب العمل لأي قسم منه صدرت بشأنه شهادة إستلام. فقد نصت المادة ٢٠-ب-٢-د على الآتي:

"- يتحمل المقاول المسؤولية الكاملة... عن العناية بالأعمال ومعدات الإنشاء وإذا لحق أي ضرر أو خسارة أو عطل بالأعمال أو بأي جزء منها... لأي سبب كان عدا المخاطر المستثناة... - تنحصر المخاطر المستثناة بما يلي وضمن حدود الجمهورية العراقية:

.... د- إستعمال أو إشغال صاحب العمل لأي قسم من الأعمال الذي صدرت بشأنه شهادة إستلام..".

فكيف يمكن أن يضمن المقاول سلامة البناء من العيوب كما تقضي بذلك المادة ٥٠ من هذه الشروط، في الوقت نفسه تعفيه المادة ٢٠-ب من مسؤولية أية أضرار قد تنشأ بعد إستعمال أو إشغال صاحب العمل للبناء؟ فالفقرة الأخيرة من هذه المادة تشير الى انه أذا إستعمل أو شغل صاحب

---

١ - د.محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٧.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٣٨.

العمل البناء بصورة طبيعية وعادية وحصلت عيوب فيه لا يد له فيها، فان المقاول لا يلتزم بشيء. وهذا مناقض لنص المادة ٥٠ المتعلقة بضمان الإلتزام بالصيانة. ورأينا إما أن يتم إضافة عبارة الإستعمال غير العادي للنص ليترتب عليه إعفاء المقاول من مسؤولية ضمان الإلتزام بالصيانة، أو أن يكتفى بما ورد في المادة ٥٠-٢-أ التي أعفت المقاول من الإلتزام بالصيانة في حالة الإندثار المعقول أو الإستعمال العادي للبناء.

أما اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري فلم تشر الى حالة خطأ رب العمل لإعفاء المقاول من المسؤولية، بل جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٨٣ ما يلي:

" "يعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير (راجع) لأسباب خارجة عن إرادته، وللسلطة المختصة- في غير هذه الحالة- بعد أخذ رأي الإدارة المشار اليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر".

وبموجب هذا النص فان أي سبب خارج عن إرادة المقاول يؤدي الى التأخير في العمل بما في ذلك خطأ رب العمل فانه يعفي المقاول من الغرامات التأخيرية.

المقصد الثالث

خطأ الغير

يقصد بالغير في نطاق المسؤولية المدنية للمقاول، كل من لا تربطه علاقة عقدية بصاحب العمل[1].

تنص المادة ٢١١ مدني عراقي على الآتي:

"إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك".

لكن القواعد العامة في المسؤولية العقدية تقضي بأن فعل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يحد منها إلا إذا إعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته، وكان السبب في إحداث الضرر وحده أو ساهم فيه[2]. فإذا إستغرق خطأ الغير، خطأ المدين، وكان كافيا بذاته لأحداث النتيجة، فانه يقطع رابطة السببية بين فعل المدين والضرر المتحقق، بمعنى أن خطأ الغير الذي يرتب الإعفاء من المسؤولية يتمثل في الخطأ الذي لا يمكن توقعه أو دفعه في المجرى العادي للأمور.

ويرى الفقه أن خطأ الغير في مجال مسؤولية المقاول لا يدفع عنه المسؤولية، إلا إذا إجتمعت فيه شروط القوة القاهرة من حيث عدم قابلية الخطأ للتوقع، وإستحالة دفعه[3] لكنه لا يعتبر من القوة القاهرة. فإذا لم تتوافر فيه هذه الشروط، بقي المقاول مسؤولا مسؤولية كاملة نحو صاحب العمل،

---

١ - علي عبدالرحيم المريشد، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

٢ - نقض مدني، في ١٩٦٨/٤/٢، مجموعة لحكام النقض، س ١٩، ص ٦٨٩.

٣ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٣٩، ود. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، المسؤولية المعمارية، ص ٢٤٧، ود. عبداللطيف الحسني، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

ويحق للمقاول الرجوع على الغير المسؤول، وفقا للقواعد العامة[1].

فإذا صدر خطأ عن الغير أدى الى تهدم البناء أو تعيبه، وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد والمباشر لذلك، وقع على عاتق المتسبب مسؤولية التعويض عما سببه خطأه من تهدم أو تعيب. ويجب على المقاول إثبات عدم مسؤوليته عن الخطأ. أما إذا إقترن هذا الخطأ بخطأ المقاول وساهما معاً في حدوث التهدم أو التعيب تحملا معاً المسؤولية عن التعويض بنسبة مساهمة كل منهما بالضرر[2].

والغير قد يكون شخصاً أجنبياً على عملية التشييد والبناء الذي حصل فيه الخلل، كما لو قام شخص بعمليات حفر على أعماق بعيدة بالقرب من أساسات العقار محل المسؤولية، أو إستخدم آلات ضخمة سببت إرتجاجات شديدة في الأرض على مقربة من العقار، وأدت الى حدوث تصدع، أو تهدم كلي أو جزئي، فان من شأن هذا الخطأ إعفاء المقاول من مسؤوليته، بشرط أن لا يكون مقصراً أصلا، كأن يضع العقار على أساسات ضعيفة، ساهمت في إحداث التصدع، أو الخلل وتفاقمه، فعندئذ توزع المسؤولية على المقاول والغير، كل وفق نسبة مساهمته في إحداث الضرر[3].

وقد يكون الغير ذا صلة بعملية التشييد، كأن يقع الخطأ من المنتج، أو الصانع، أو ممول العقار، أو من المهندس، فيعدُّ كل منهم غيراً بالنسبة للآخر[4].

---

١ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٩ ود. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٢٠.

٢ - د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٥١.

٣ - المرجع نفسه، ص ٣٥١.

٤ - المرجع نفسه، ص ٣٥٠.

وقد يبرز التساؤل في حالة الخطأ الصادر عن المهندس على إعتبار أنه من الغير بالنسبة لعلاقته بالمقاول، فهل يستطيع الأخير أن يتمسك بخطأ المهندس بإعتباره من الغير ليدفع المسؤولية عن نفسه في مواجهة صاحب العمل؟

يرى الباحث أن المشرع الفرنسي كان واضحا في تحديد من يتحمل مسؤولية الخلل أو العيوب في ضمان تمام الإنجاز، ملقيا هذه المسؤولية على كاهل المقاول وحده. لذلك لا يمكن أن يدفع هذه المسؤولية بالتمسك بخطأ المهندس، بل أن بإمكانه أن يرجع عليه وفقاً للقواعد العامة.

أما شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية فان المادة ٢٠-ب-٢- قد أعفت المقاول من أية مسؤولية فيما لو كانت الأضرار ناجمة عن خطأ من جانب المهندس وقد ناقشنا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل.

الفرع الثاني

دور إرادة رب العمل في الإعفاء من آثار الضمان

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، ويملك الطرفان الحرية في وضع ما يشاؤون من ضمانات أو الإعفاء أو التخفيف منها أو التشديد عليها. إلا أنه يخرج عن هذا المبدأ ما يقرره القانون من حماية لبعض جوانب الأنشطة التي يشكل إنتهاكها مساساً بأستقرار المجتمع، فجعل لها حماية قانونية وقرر بطلان أي إتفاق ينطوي على مساس بها، وهذا ما يعرف بالنظام العام. ومن ثم فان أي تصرف أو شرط في العقد يرد مخالفا للنظام العام، يعتبر باطلا وكأن لم يكن.

أما بالنسبة الى موضوع ضمان الإلتزام بالصيانة. فهل يستطيع الطرفان الإتفاق على إعفاء المقاول من مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب رب العمل من جراء تعيب البناء، أو هل يجوز التخفيف من هذه المسؤولية أو الحد منها؟ وإذا ما تحققت مسؤولية المقاول، هل يجوز لرب العمل النزول عن حقه في التعويض؟

سنحاول الأجابة على هذين السؤالين في هذا الفرع من خلال البحث أولا في حكم الإتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه، وثانيا في موضوع حق رب العمل في النزول عن حقه بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه جراء تعيب البناء، وذلك في المقصدين التاليين:

المقصد الأول

الإتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه

بَيَّنا في المبحث الثاني من هذا الفصل أن أحكام هذا الضمان تعتبر من قبيل النظام العام وذلك بصريح نص المادة ١٧٩٢-٥ مدني فرنسي بعد تعديلها في ١٩ ديسمبر ١٩٩٠. فقد أسبغ المشرع مزيدا من الحماية على صاحب العمل بأيراد هذه المادة، وجعل مسألة الضمان واجبة، ولم يجز الإتفاق على إعفاء المقاول من الضمان، وإعتبر كل شرط يؤدي الى ذلك باطلاً، والبطلان يقع في الشرط، ولا يمتد الى العقد، والى سائر شروطه ما دامت صحيحة[1].

وقد يحدث أن يتنازل المقاول لمقاول آخر عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق وإلتزامات، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل في عقد المقاولة، فيصبح هو المقاول المسؤول تجاه صاحب العمل[2]. فهل يعفى المقاول المتنازل من جميع إلتزاماته القانونية أزاء رب العمل؟

يرى بعض الشراح[3] أن المقاول المتنازل يظل مسؤولا بالتضامن مع المقاول الثاني عن تهدمات المباني والعيوب التي تظهر بعد الإنجاز والتسليم، لأن موافقة صاحب العمل على تنازل المقاول الأصلي عن عقد المقاولة الى مقاول آخر تنزل بمنزلة شرط إعفاء المقاول من المسؤولية تجاه صاحب العمل أو الحد منها. ويرى آخرون[4]- ونؤيدهم في ذلك- أن المقاول المتنازل له يصبح هو المدين بجميع إلتزامات المقاول نحو صاحب العمل، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول، ويختفي دور المقاول المتنازل، ولا يعود له شأن في المقاولة التي إنتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار الى المقاول المتنازل له. كما

---

١ - احمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ٢٠٧.

٣ - محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

٤ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ٢٠٨.

إن الرأي الأول ينطوي على تشدد كبير لأن المقاول الثاني (المتنازل له) هو من يقوم بالإنجاز والتنفيذ، فمن الطبيعي أن يكون هو المسؤول عن عيوب البناء والتهدمات التي قد تظهر بعد التسليم. ولكن إذا ثبت أن المقاول المتنازل قصد من التنازل التهرب من المسؤولية، وإلقائها على عاتق المقاول المتنازل له عندئذ ينبغي أن يكون مسؤولا بالتضامن مع المقاول الثاني تجاه صاحب العمل.

ولا يقتصر البطلان المشار اليه في نص المادة ١٧٩٢-٥ مدني فرنسي على حالات الإتفاقات المعفية من المسؤولية فقط، بل يشمل الشروط المخففة منها. وبناءً على ذلك، يقع باطلا كل شرط يقصد به حرمان صاحب العمل من الرجوع على المقاول في حالة حصول تهدم أو وجود خلل أو عيب في البناء. كما يبطل الإتفاق الذي يقصر الضمان على مقاول دون غيره في حالة تعدد المقاولين في العمل الواحد، كما يبطل أيضا الإتفاق على جعل المسؤولية قائمة على خطأ ثابت حتى يمكن الرجوع بضمان تمام الإنجاز على المقاول. فمسؤوليته قائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس. وكذلك لا يجوز الإتفاق على إنقاص مدة الضمان بجعلها أقل من سنة واحدة، لأن مثل هذا الإتفاق يعد حدّاً من الضمان.

ولكن هل يجوز إنقاص هذه المدة في حال إنصراف إرادة المتعاقدين الى أن يبقى البناء مدة أقل من سنة واحدة، وبخاصة أن طريقة تشييده قد صممت بطريقة تجعله يصمد مدة أقل من السنة؟

لم ينص القانون على مثل تلك الحالة، ولكن في حالة الضمان العشري، أجاز القانون (المادة ٨٧٠ مدني عراقي والمادة ٦٥١ مدني مصري) إنقاص مدة الضمان الى أقل من عشر سنوات في حال إنصراف إرادة المتعاقدين الى أن يبقى البناء مدة أقل من عشر سنوات. وبرأينا أن ينص المشرع على جواز أن تكون مدة الضمان أقل من سنة واحدة في حال إتفاق الطرفين على يكون عمر البناء أقل من سنة واحدة.

ومن جانب آخر، هل يجوز الإتفاق على تشديد المسؤولية الخاصة بهذا الضمان؟

أجاز الفقه بشكل عام تشديد مسؤولية المقاول، والسبب في ذلك أن صاحب العمل هو محل الحماية القانونية، ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من الإتفاق على تشديد المسؤولية على المقاول[1]. وبموجب ذلك يمكن القول أنه يجوز الإتفاق بين رب العمل والمقاول على أن يشمل التعويض جميع العيوب حتى الظاهرة منها عند التسليم ولو كانت صغيرة، كما يجوز الإتفاق على أن يتحمل المقاول تبعة العيوب الناجمة عن سبب أجنبي، كحادث مفاجيء، أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ الغير، فان هذا الإتفاق يعد صحيحا، ولا يعود بإمكان المقاول أن يدفع بكون الضرر ناجم عن واحد من هذه الأسباب. فمثل هذه الإتفاقات تحقق هدف المشرع من حماية صاحب العمل، والمصلحة العامة، وتساهم في دفع المقاولين الى بذل أقصى جهودهم في العمل.

أما فيما يتعلق بالإتفاق سلفا على زيادة قيمة التعويض عما يستحق صاحب العمل فعلاً، كتعويض مقابل الضرر، فهذا غير جائز قانوناً، لأنه من النظام العام. فالتعويض يكون وفق مقدار الضرر (المواد ١٦٩ و١٧٠ و٢٠٧ مدني عراقي)، إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم. كما إن القانون قد أعطى للمحكمة حق التدخل، وتقدير التعويض بمقدار الضرر الحاصل، ويبطل الإتفاق الذي من شانه المس بدور المحكمة.

مما تقدم يتضح أنه إذا تضمن عقد المقاولة شرطاً يهدف الى الإعفاء أو التخفيف من الضمان السنوي، فهذا الشرط يعتبر باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة، ولا يمتد البطلان الى العقد ككل أو الى باقي

---

١ - د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٤٢. ود. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٤.

الشروط، بل يقتصر أثره على الشرط الباطل. وإذا بطل شرط الإعفاء أو الحد من الضمان، فلا يستطيع المقاول أن يتمسك به في مواجهة صاحب العمل أو أن يتمسك ببطلان العقد أيضاً. وقد أكدت المادة ١٣٩ مدني عراقي على أنه:

"اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً بإعتباره عقداً مستقلاً الا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً".

وخلاصة القول أنه لا يجوز الإتفاق مقدما على الإعفاء من هذا الضمان أو الحد منه، فلا يجوز أن يشترط المقاول في عقد المقاولة أنه بمجرد تسلم صاحب العمل للبناء، تبرأ ذمة المقاول من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على حد سواء. ولكن يجوز من ناحية أخرى الإتفاق على التشديد في مسؤولية المقاول بأطالة مدة الضمان مثلا أو توسيع نطاق الضمان.

أما فيما يتعلق بشروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، فقد أشارت المادة ٥٠ بوضوح الى أنه يمكن الإتفاق على مدة أقل من إثني عشر شهرا وهي مدة ضمان الإلتزام، حيث جاء بنص الفقرة ١ من تلك المادة ما يلي:

"يقصد بتعبير مدة الصيانة الواردة في هذه الشروط مدة الأثني عشر شهرا (إلا إذا نص على خلافه في المقاولة) التالية لتاريخ إكمال الأعمال...".

كما إن نص المادة ٤٩-١ من هذه الشروط تعطي الأنطباع بأنه إلتزام إختياري من جانب المقاول وأنه يمكن له أن يرفض الإلتزام به. فقد جاء نص هذه الفقرة كما يلي:

"حالما يكون في رأي المهندس أن الأعمال الدائمة قد أكملت بـ ..رة أساسية (أي أكملت بالدرجة التي يمكن معها الإستفادة منها للغرض الذي نشأت من أجله) وإنها إجتازت بنجاح أي فحص نهائي قد تنص عليه المقاولة، فعلى المهندس، عند تسلمه تعهدا تحريريا من المقاول بأكمال أي عمل خلال مدة الصيانة وبالصورة التي يقررها المهندس إصدار شهادة الإستلام للأعمال متضمنة تاريخ إكمال الأعمال وبدء مدة الصيانة... ".

فإذا كان ضمان الإلتزام بالصيانة إلتزاما قانونيا على عاتق المقاول، فـ . هي الحكمة من كتابته لتعهد تحريري بأكمال أعمال الصيانة؟ إن هذا النص يشير الى أن هذا الإلتزام ليس إلتزاما قانونيا على عاتق المقاول بل يمكن له التخلص منه بعدم كتابته لأي تعهد تحريري بأكمال أعمال الصيانة. وهذا من وجهة نظرنا لا يتفق مع القصد العام للمشرع وهو توفير الحماية القانونية لرب العمل.

المقصد الثاني

نزول رب العمل عن حقه في التعويض

إن تعلق مسؤولية المقاول بالنظام العام، وعدم جواز الإتفاق على الإعفاء أو الحد منها مقدماً، لا يمنع من نزول صاحب العمل عن حقه في الضمان بعد حصول التهدم أو العيب وإكتشافه وثبوته[1]. ذلك أن الضمان يعد حقاً لصاحب العمل، يدرك أبعاده، وأهميته بعد ظهور العيب، وإنكشافه، ومن ثم يمكنه النزول عنه، أما قبل تحقق سبب الضمان، فتكون هناك حاجة لحماية صاحب العمل، إذ قد تقوده عدم خبرته الى الإستهانة بقيمة الضمان، وقبول الإعفاء أو الحد منه قبل تحققه[2]. ولكن النزول عن الحق في التعويض، لا يسقط المسؤولية عن المقاول، بل يسقط آثارها فقط ويعفي المقاول من التعويض المستحق لرب العمل. وهو بذلك يختلف عن السبب الأجنبي الذي ينفي مسؤولية المقاول ولا يرتب إستحقاقا للتعويض عليه.

ورغم أن مسؤولية المقاول هنا من النظام العام، لكن هذا لا يمنع من التصالح عليها بعد حصول التهدم أو وجود العيب، أو النزول عنها سواء أكان ذلك صراحة أو ضمناً[3]، وإن صاحب العمل يملك أن يتنازل عنها كليا أو جزئيا، إذ يمكن إعفاء المقاول من الضمان كلية، أو أن يتصالح معه على شروط أقل أو أن يتمسك في مواجهته ببعض العيوب دون البعض الآخر، وإنه لا يوجد ما يمنع من الإتفاق على تعديل أحكام الضمان بعد تحققه، سواء كان ذلك بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد[4]. فطالما أن رب العمل قد أدرك حقه وعرف خطورة ما تعرض له بسبب جهله، مما إقتضى من القانون حمايته، يصبح من الجائز له أن ينزل عن حقه في التعويض عما أصابه من

١- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٥.

٢ - د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٢.

٣ - د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٥.

٤ - د. محمد وحيدالدين سوار، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

ضرر، ويكون حراً في التصرف بهذا الحق، فله أن يرجع به على المقاول أو أن ينزل عنه كلاً أو جزءاً.

والنزول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً. ومن الأمثلة على النزول الصريح، أن يكتب صاحب العمل مخالصة تنص على نزوله عن حقه في التعويض. أما النزول الضمني فهو سكوت رب العمل عن الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد إنكشاف العيب نزولا ضمنياً عن حقه، متى إقترن هذا السكوت بملابسات قاطعة في أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان[1].

ويرى الفقه[2] أن النزول الضمني يمكن أن يأتي بثلاث صور:

١. أن يسكت رب العمل عن الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد إنكشاف العيب.

٢. أن يدفع رب العمل أجرة المقاول دون تحفظ.

٣. أن يقوم رب العمل بإصلاح العيب دون تحفظ ودون إثبات الحالة ودون أن تدفعه الى ذلك ضرورة الإستعجال.

ويرى بعض الشراح[3]- ونؤيدهم في ذلك- أن النزول يجب أن يكون صريحاً لا ضمنياً لكي يعتد به. ففي الصورة الأولى من صور النزول الضمني، لم ينص المشرع ولم يتفق الفقهاء على تحديد المدة التي يسكت فيها رب العمل عن الرجوع بالضمان على المقاول، وقد يوفر ذلك فرصة للمقاول للإفلات من المسؤولية بأدعائه أن رب العمل قد سكت مدة طويلة وهذا يعني نزولا ضمنياً عن حقه بالضمان. وفي الصورة الثانية، لم ينص القانون على أن دفع الأجر دون تحفظ يعتبر نزولا ضمنياً، لهذا يجب إستبعاد

١- د. السنهوري، المرجع السابق، جـ٧، ص ١٨٠.

٢ - المرجع نفسه، ص ١٨٠.

٣ - محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص ٢٧٨

هذه الحالة وإعتبارها من صور النزول الضمني. أما بالنسبة الى الصورة الثالثة وهي عدم أحقية رب العمل في الرجوع على المقاول بالتعويض إذا قام الأول بإعادة بناء ما تهدم من البناء أو إصلاح ما ظهر فيه من عيب دون تحفظ ودون إجراء كشف مستعجل على البناء المعيب لتثبيت حالته الراهنة ومقدار ما يحتاجه من مبالغ لإعادة بناء ما تهدم منه أو إصلاح ما ظهر فيه من عيب، فانه لا يعزى الى نزول رب العمل نزولاً ضمنياً عن حقه في التعويض، وإنما الى عدم مراعاته ما رسمته المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي الخاصة بضمان تمام الإنجاز من طريق طبيعي في الرجوع. فقد أعطت هذه المادة الحق لرب العمل بإصلاح ما ظهر من عيوب بعد إعذار المقاول وعدم إستجابة الأخير لهذا الإعذار.

لهذا أرى أن نزول رب العمل عن حقه في التعويض عن الأضرار بموجب أحكام هذا الضمان يجب أن يكون نزولاً صريحاً لا ضمنياً، فهذا يتفق مع قصد المشرع في توفير أكبر قدر ممكن من الحماية الى رب العمل.

وقد يكون النزول عن الضمان كلياً أو جزئياً، كما لو حصل تهدم في جزء من البناء وعيب في الجزء الآخر. فهنا يمكن لرب العمل الرجوع بالضمان فيما يتعلق بالهدم، ولا يرجع بالضمان فيما يتعلق بالعيب[1].

١- المرجع نفسه، ص ١٨١.

خلاصة هذا الفصل:

أننا تناولنا في المبحث الأول منه النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان السنوي، وبيّنا أن المشرعين الفرنسي والمصري والعراقي يتفقون على جعل المقاول الملتزم الوحيد بالضمان بمواجهة رب العمل، حيث لا يلتزم المهندس أو المقاول من الباطن أو أي معماري آخر بهذا الإلتزام عدا المقاول، وإقترحنا أنه لو كان المشرع قد أدخل المهندس المعماري في نطاق هذا الضمان لكان أفضل، كي لا يفلت الأخير من المسؤولية. وقد شمل المشرع الفرنسي البائع والممول العقاري بأحكام ضمان العزل الصوتي، وهو إتجاه محمود. كما بينا أن المستفيد من الضمان هو رب العمل. وعرضنا كيف أن بعض الفقه يرى عدم جواز مد هذا الضمان لغير رب العمل كمن تؤول اليه ملكية العقار، وبينا وجهة نظرنا بأن قصد المشرع من القانون هو حماية رب العمل ومن تؤول اليه ملكيته وإن دعوى المسؤولية تنتقل مع العقار حيثما إنتقل. ثم تناولنا في المطلب الثاني النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان، والتي هي الى حد ما نفس الشروط الموضوعية التي تنهض بها مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان والتي تم الحديث عنها في الفصل الثاني. وبينا أن النطاق الموضوعي لهذا الضمان هي جميع حالات الضمان العشري وحالة ضمان كفاءة الأداء وعيوب العزل الصوتي والعيوب البسيطة والمتوسطة وعدم المطابقة في المواصفات، وأوضحنا حصول تداخل بين أحكام هذه الضمانات وإقترحنا فك هذا التداخل لأنه يؤثر على القيمة القانونية لكل منها.

وتناولنا في المبحث الثاني منه الطبيعة القانونية لضمان الإلتزام بالصيانة في كل من القانون الفرنسي والمصري والعراقي، وأوضحنا رأي الفقه بشأن هذه الطبيعة وهل هي طبيعة عقدية أم تقصيرية أم قانونية، وعرضنا رأينا والأسباب التي دفعتنا للقول بأن طبيعة هذا الضمان هي طبيعة عقدية. ثم تناولنا في المطلب الثاني الأساس القانوني لهذا الضمان في كل من القانون الفرنسي والأنجلو سكسوني والمصري والعراقي، وقلنا أنه يقوم على أساس

الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس بالنسبة الى القانون الفرنسي والمصري، لكنه يقوم على أساس الخطأ الثابت في القانون العراقي، وإقترحنا أن يسلك المشرع العراقي نفس المسلك الذي إنتهجه في الضمان العشري حيث أقامه على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس. لأن مسلكه الحالي يعدم القيمة القانونية للضمان ولا يوفر الحماية التي قصدها من ورائه. وأخيرا تحدثنا في المطلب الثالث عن مدى تعلق الضمان بالنظام العام، وبينا الآراء الفقهية في هذا الجانب، ووجهة نظرنا بشأن الرأي الأصوب وهو إعتبار أحكام هذا الضمان من قبيل النظام العام. ثم تناولنا مدى تعلق أحكام هذا الضمان بالنظام العام بموجب شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، وقلنا أنها لا تعتبر من قبيل النظام العام وهذا يفقد النص التشريعي أهميته، وإقترحنا وضع أحكام جديدة لهذه الضمان تكون من قبيل النظام العام.

وناقشنا في المبحث الثالث آثار تحقق مسؤولية المقاول بموجب ضمان الإلتزام بالصيانة. فتحدثنا في المطلب الأول منه عن آثار تحقق هذه المسؤولية من حيث الجزاء المترتب عليها ومسؤولية المقاول نحو الغير. وتطرقنا في الجزاء المترتب عليها الى دعوى الضمان وشروطها وتقادمها بموجب القانون العراقي والقوانين المقارنة، ثم شرحنا تعويض المالك عن العيوب الموجودة في البناء، وتحمل المقاول لوحده المسؤولية عنها، وإقترحنا مد الضمان ليشمل المهندس أيضا. وفي المطلب الثاني من هذا المبحث تناولنا أسباب سقوط الضمان وقلنا أنه يتم من خلال نفي العلاقة السببية بين العيب والخطأ المفترض، ويأتي ذلك عن طريق القوة القاهرة وخطأ رب العمل أو خطأ الغير. وبينا أن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية قد حددت الظروف القاهرة على سبيل الحصر ولم تأت على ذكر الكوارث الطبيعية كالزلازل أو البراكين أو الفيضانات وإقترحنا معالجة هذا الأمر. كما ناقشنا خطأ رب العمل وخطأ الغير الذي ينفي العلاقة السببية ويترتب عليه سقوط هذا الضمان، وحددنا موقف المشرع العراقي من ذلك، وبينا أنه أعفى

المقاول من المسؤولية عن الأضرار التي تظهر بعد إستلام رب العمل للبناء، وقلنا أنه يتناقض مع نص المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية التي ألزمت المقاول بضمان العيوب إلا ما كان ناجما عن الإندثار الطبيعي. وإقترحنا معالجة هذا الأمر إما بالنص على إعفاء المقاول من المسؤولية في حالة الإستعمال غير العادي للبناء، أو الإحالة الى نص المادة ٥٠ من تلك الشروط. أما في مجال خطأ الغير ففي الوقت الذي يرتب فيه القانون المدني الفرنسي المسؤولية على المقاول وحده حتى لو كان العيب راجعا الى خطأ المهندس، نلاحظ أن شروط المقاولة العراقية تعفي المقاول من المسؤولية إذا كان الخطأ راجعا الى المهندس. وفي الفرع الأخير من هذه الدراسة، تناولنا دور إرادة رب العمل في الإعفاء من آثار الضمان، وقلنا أن القانون الفرنسي والمصري لم يجيزا الإتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه، لكن شروط المقاولة العراقية أجازت الإتفاق على تخفيض مدة الضمان وجعلت من ضمان الإلتزام بالصيانة ضمانا إختياريا للمقاول. وإقترحنا معالجة ذلك بوضع أحكام شاملة تجعل من هذا الإلتزام إلتزاما قانونيا على عاتق المقاول.

الاستنتاجات والتوصيات

بعد إن تناولنا بالبحث ضمان الإلتزام بالصيانة أو ما يسمى فقهاً بالضمان السنوي للمقاول، من حيث خصائصه وأحكامه وشروطه ونطاقه وآثاره، يمكن القول أن أهم النتائج المستخلصة من ذلك هي الآتي:

١- لم ينص القانون المدني العراقي على هذا الضمان، وهذا يعني أنه تركه لإرادة الأطراف يقررونه بما يشاؤون، وأن المشرع قد ترك رب العمل، وهو الطرف الأضعف في العقد، تحت رحمة المقاول، وهو الأمر الذي يخل بقواعد العدالة.

٢- ورد هذا الضمان في المادة ٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية التي صادق عليها مجلس التخطيط في ١٩٧٣ وألزم بها جميع مؤسسات ودوائر الدولة، وهذا يعني أن هذا الضمان يسري فقط على عقود الأشغال العامة دون العقود المدنية.

٣- لم يعتبر المشرع هذا الضمان بموجب المادة ٥٠ آنفا من قبيل النظام العام، وهذا يعني حرية الأطراف في إقراره أو تركه، مما يناقض ما يقصده المشرع من توفير الحماية لأرباب الأعمال.

٤- جاء النص في هذه المادة غير محكم فلم ترد فيه بشكل دقيق وواضح أحكام هذا الضمان من حيث الشروط والنطاق والآثار والجزاء والسقوط.

٥- آن الأخذ بهذا الضمان وإدخاله في نصوص القانون المدني، يحقق مصلحة المجتمع لأنه يوفر الحماية المطلوبة لرب العمل والتي يسعى المشرع الى تحقيقها، وكذلك يدفع المقاولين الى الإهتمام بالبناء وعدم التهاون فيه، مما يقلل الأضرار التي يمكن أن تهدد الإستقرار.

٦- فيما يتعلق بالشروط الشكلية، وإشتراط المشرع الفرنسي لتطبيق أحكام الضمان أن يسلك رب العمل بإشعاره للمقاول إما طريق التحفظ

عند تسلم الأعمال، أو الإشعار الكتابي في حال ظهور العيوب بعد تسلم العمل، حيث رأينا أن مسلك المشرع هنا غير ضروري، وكان يمكن الإكتفاء بالقواعد العامة لمحل الإلتزام ولإعذار المدين.

٧- تتقادم دعوى رب العمل بموجب هذا الضمان على المقاول بعد مرور سنة من تاريخ تسلم الأعمال، بينما تتقادم دعوى الغير المتضرر من البناء على رب العمل بعد مرور ثلاث سنوات من حصول الضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وهذا يشكل غبناً لرب العمل، ينبغي معالجته.

٨- يرجع رب العمل على المقاول وحده في هذا الضمان حتى لو كان العيب راجعاً لخطأ المهندس أو الفني، بينما يرجع المقاول على هؤلاء وفقا لقواعد العمل غير المشروع، وهذا يتضمن إجحافا بحقوق المقاول، ينبغي معالجته من خلال وضع نظام متكامل لأحكام عقود المباني والمنشآت الثابتة.

٩- أدخل المشرع الفرنسي حالة تهدم البناء والعيوب التي تهدد متانته وسلامته، مما يدخل في نطاق الضمان العشري والعيوب التي تؤثر في وظائف العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال، مما يدخل في نطاق كفاءة الأداء، ضمن النطاق الموضوعي لضمان تمام الإنجاز، وهذا تداخل في الضمانات، يؤثر على القيمة القانونية لها.

١٠- إقتصر الضمان على المقاول وحده دون باقي المعماريين، وهذا يمكن أن يشجعهم على التهاون والإهمال بالإهتمام بشؤون البناء محل العقد.

١١- لم يحدد المشرع بشكل واضح فيما اذا كان الضمان يمتد الى الخلف الخاص والعام للطرفين أم انه لا يمتد.

١٢- لم تشترط شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية الحصول على إذن المحكمة أو حتى إعذار المقاول كي يقوم رب العمل بتنفيذ أعمال الإصلاح على نفقة المقاول، بينما إشترط القانون المدني الفرنسي إعذار

المقاول فقط قبل المباشرة بالتصليحات على نفقته، وهذه سلطة كبيرة لرب العمل قد يسيء إستعمالها مما يجعل الموضوع محلا لنزاعات دائمة.

١٣- لم ينص المشرع على مدة الضمان فيما لو جرى الإتفاق على أن يبقى البناء قائما لمدة أقل من سنة وهي مدة الضمان المقررة قانوناً.

١٤- أعطى المشرع العراقي مهلة ١٤ يوما من تاريخ إنتهاء مدة الضمان لرب العمل لإبلاغ المقاول بإجراء التصليحات، وهي مدة قصيرة نسبيا خاصة اذا ما تخللتها عطل وإجازات رسمية.

١٥- حددت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية حالات القوة القاهرة على سبيل الحصر، ولم تأت الى ذكر الكوارث الطبيعية كالزلازل أو البراكين أو الأعاصير أو الأوبئة وغير ذلك.

١٦- أعطت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية للمقاول الحرية في الإلتزام أو عدم الإلتزام بهذا الضمان، وجعلت الضمان ضمانا إختياريا.

١٧- سمحت شروط المقاولة العراقية للمقاول بالتخلص من المسؤولية إذا أثبت خطأ المهندس في التصميم، وهذا يعني أن مسؤوليته قائمة على خطأ ثابت وليس مفترضا.

وفي ضوء هذه النتائج التي توصل اليها البحث، يمكن وضع بعض التوصيات، التي أرى فائدتها في تحقيق العدل والتوازن بين الطرفين الذي ينشده المشرع، وأهم هذه التوصيات ما يلي:

١- ضرورة تدخل المشرع العراقي والأخذ بهذا الضمان وتنظيم قواعده وأحكامه كجزء من أحكام عقد المقاولة المقررة بالمواد ٨٦٤-٩٠٠ من القانون المدني العراقي، بما يحقق مصلحة رب العمل والمقاول ويحفظ التوازن بينهما.

٢- أن يشمل نطاق هذا الضمان عقود الأشغال العامة والعقود المدنية على حد سواء وذلك حماية لرب العمل وتحقيقاً للصالح العام.

٣- إعتبار أحكام هذا الضمان من قبيل النظام العام، كالضمان العشري، وذلك لتأثيره على مصلحة المجتمع ككل.

٤- أن يوضع نظام قانوني متكامل لهذا الضمان تحدد فيه بشكل دقيق مدة التقادم ومدة سريان الضمان، بحيث لا يكون هناك أي غبن لأي طرف.

٥- ضرورة التوسع بالنطاق الشخصي لهذا الضمان ليشمل المهندس بالإضافة الى المقاول، وذلك كي يدفع ذلك المهندس الى الإهتمام بعمله وعدم التهاون فيه وإفلاته من المسؤولية وإلقائها على المقاول وحده.

٦- ضرورة إنهاء حالة التداخل بين ضمانات المقاول. فينبغي أن يحدد المشرع، فيما لو أخذ بهذا الضمان، النطاق الموضوعي له بحيث يخرج عن نطاقه جميع العيوب التي تدخل في نطاق الضمان العشري.

٧- ضرورة إشتراط أخذ إذن المحكمة قبل أن يبدأ رب العمل بتنفيذ أعمال الإصلاحات على نفقة المقاول، تحقيقا للعدل وكي لا يسيء رب العمل إستعمال هذه السلطة.

٨- ضرورة أن يبين المشرع حكم هذا الضمان بشأن الأبنية والمنشآت التي تقام بصورة مؤقتة. ورأينا أن يمتد الضمان بنفس المدة المتفق عليها لعمر هذه الأبنية فيما لو كان أقل من سنة.

٩- ضرورة أن تكون مدة تقادم هذا الضمان ثلاثة أشهر بعد إنتهاء المدة المحددة لسريانه في حال ظهور العيب أو الخلل خلال مدة الضمان.

١٠- لا مانع من أن يغطي هذا الضمان، فيما لو أخذ به المشرع العراقي، العيوب التي يغطيها ضمان كفاءة الأداء المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢-٣ مدني فرنسي والخاصة بعيوب العناصر القابلة للإنفصال عن المبنى، طالما أن هذه العيوب لا تدخل في نطاق الضمان العشري.

١١- إعتبار طلب رب العمل من القضاء المستعجل، إجراء الكشف المستعجل على البناء، لتثبيت حالته ووضعه، إجراءاً يقطع تقادم الدعوى.

١٢- ضرورة النص بشكل صريح على إمتداد الضمان الى الخلف العام والخاص للطرفين، وفي ضوء قواعد وأحكام الضمان العشري، لتشابه القصد التشريعي من ورائهما.

١٣- ضرورة أن يمتد هذا الضمان الى المقاول من الباطن أيضا، فيكون مسؤولا أمام المقاول الأول بموجب أحكام هذا الضمان.

١٤- ضرورة أن يمتد هذا الضمان الى البائع- المقاول الذي يبني العقار ثم يبيعه.

١٥- ضرورة أن يمتد هذا الضمان أيضا ليشمل حفر الآبار وشق القنوات المائية والمصارف والمبازل وساحات الألعاب والمتنزهات ولا يقتصر فقط على المباني.

١٦- ضرورة عدم الإعتداد بالنزول الضمني عن التعويض عن الأضرار، والإعتداد فقط بالنزول الصريح، حفاظاً على حقوق رب العمل وتقليلا للنزاعات التي تحصل بين الطرفين.

١٧- ضرورة معالجة حالات القوة القاهرة الواردة في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لتشمل الكوارث الطبيعية أيضا أو إحالة الموضوع الى أحكام القانون المدني.

وقد وضعت في نهاية البحث ملحقين، الأول عن نصوص المواد المتعلقة بالضمان السنوي في كل من فرنسا ومصر والعراق، والثاني يتضمن النص الذي نقترح إدخاله في نصوص القانون المدني العراقي عن ضمان الإلتزام بالصيانة.

وفي الختام، أود القول أنني قد حاولت إلقاء ضوء على هذا الموضوع الحيوي، والاشارة الى بعض النقاط التي أرى أن يلتفت اليها المشرع العراقي، خاصة في ضوء تزايد أهمية عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة في الوقت الحالي، وأتمنى أن أكون قد قدمت شيئا مفيداً وأن يلقى هذا البحث رضى وقبول المعنيين به.

الخاتمة

تناول هذا البحث، واحداً من الضمانات المقررة على عاتق المقاول، وهو ضمان الإلتزام بالصيانة أو كما يسمى فقهاً بالضمان السنوي. فقد كان هذا الضمان معروفاً في أحد عقود المقاولات النموذجية بفرنسا الذي وضع في ١٩٤٨. وفي ٤ يناير ١٩٧٨ فرضه المشرع الفرنسي كأحد الضمانات الجديدة المقررة على المقاول لصالح رب العمل. وأصبح هذا الضمان إجبارياً ويرتب مسؤولية قانونية على المقاول إذا ما تحققت أركانه وشروطه.

وقد ظلت القوانين المدنية العربية ويضمنها القانون المدني العراقي مقتصرة على الضمان العشري الذي يشمل حالات التهدم والعيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء. في حين أخضع العيوب الأخرى التي لا تهدد سلامة ومتانة البناء للقواعد العامة. وفي الوقت ذاته، أدخل المشرع العراقي هذا الضمان على عقود الأشغال العامة عندما سن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية الصادرة في حزيران ١٩٧٣ التي تسري أحكامها على دوائر ومؤسسات ووزارت الدولة فقط دون المؤسسات الخاصة. وبالمثل أدخل المشرع المصري هذا الضمان على عقود الأشغال العامة عندما أصدر في ٩/٦/١٩٩٨ اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. وبذلك يكون المشرع العراقي قد سبق المشرع الفرنسي والمصري في النص على هذا الضمان، لكن أحكامه جاءت متناقضة ويشوبها النقص.

وتبرز أهمية الضمان من نواح عدة، فهو يوفر الحماية لرب العمل من أضرار عيوب البناء، بإعتباره الجانب الأضعف في عقد المقاولة، أزاء مقاول ضليع بفنون العمارة وأسرارها، كما إنه يوفر الحماية للصالح العام من أخطار عيوب المباني التي قد تهدد حياة الناس، إضافة الى ذلك فانه بتشدده على المقاول، يدفعه الى بذل المزيد من الحرص والإهتمام بعملية التشييد بما يضمن بقاء المباني والمنشآت الأخرى سليمة ومتينة وخالية من العيوب التي تؤثر في الآخر على الصالح العام.

لهذا ولبيان أهمية هذا الضمان في التشريع العراقي في الوقت الحاضر ومن أجل الإحاطة بجميع جوانبه من حيث أحكامه وشروطه ونطاقه وطبيعته وأساسه وآثاره، قسمت هذه الدراسة الى ثلاثة فصول. تناولتُ في الفصل الأول، المكون من ثلاثة مباحث، الأول تمهيدي ويتناول تعريف عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وخصائصها وتمييزها عن غيرها من العقود ثم تناولت في المبحث الأول تعريف ضمان الإلتزام بالصيانة وعناصر هذا التعريف، والتعريف الذي نراه الأنسب، ثم تحدثنا عن خصائص الضمان، وتمييزه عن غيره من الضمانات الملقاة على عاتق المقاول كالضمان العشري أو ضمان كفاءة الأداء، وفي المبحث الثاني تحدثنا عن أهمية هذا الضمان ومدى ضرورته في تنظيمنا القانوني العراقي.

وتناولنا في الفصل الثاني، المكون من ثلاثة أيضا، الشروط الشكلية والموضوعية لتطبيق أحكام هذا الضمان. فمن الشروط الشكلية أن يأتي الضمان في المدة القانونية المحددة له وهي سنة واحدة وكذلك أن تعين العيوب تعيينا نافيا للجهالة وأن يُشعر رب العمل، المقاول بهذه العيوب، إما بطريق التحفظ عند تسلم الأعمال أو بطريق الإشعار الكتابي في حالة ظهورها بعد التسلم. وإستنتجنا أن الشرطين الأخيرين غير ضروريين لأنه كان يمكن الإكتفاء بالقواعد العامة لمحل الإلتزام ولقواعد إعذار المدين. ومن الشروط الموضوعية لتطبيق أحكام الضمان وجود عقد مقاولة صحيح وحصول أضرار في البناء نتيجة تعيبه، وتناولنا جميع صور الأضرار التي تثير مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان، ثم آثار أو تخلف أو تحقق هذه الشروط.

ثم ينتقل البحث الى الفصل الثالث الذي يتناول أحكام ضمان الإلتزام بالصيانة، وإشتمل بالمثل على ثلاثة مباحث، حيث خصصنا المبحث الاول الى نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان من حيث شخوصه وموضوعه، فعرفنا

في المطلب الاول من هو الملتزم به ومن هو المستفيد، وبينا رأينا بضرورة ألا يقتصر الضمان على المقاول فقط بل أن يمتد للمهندس وللمقاول من الباطن أيضا في مواجهة الطرف المتعاقد معه. ثم تحدثنا في المطلب الثاني من هذا المبحث عن النطاق الموضوعي ورأينا الأعمال أو العيوب التي يغطيها هذا الضمان، وبيّنا رأينا بشأن التداخل الحاصل بين نطاق هذا الضمان ونطاقي الضمانين العشري وكفاءة الأداء، وكان ينبغي على المشرع، فك هذا التداخل وألا تدخل العيوب الداخلة في نطاق الضمان العشري أو ضمان كفاءة الأداء في نطاق ضمان الإلتزام بالصيانة.

وفي المبحث الثاني من هذا الفصل، ناقشنا الطبيعة القانونية لهذا الضمان وهل هي طبيعة عقدية أم تقصيرية أم قانونية، ولماذا نؤيد الرأي الذي يقول أنها من طبيعة عقدية، ثم ما هو نوع الخطأ الذي جعله المشرع أساساً لثبوت مسؤولية المقاول، وبيّنا أن هذا الضمان قائم على أساس خطأ المقاول المفترض غير القابل لإثبات العكس بينما جعلته شروط المقاولة العراقية قائما على أساس الخطأ الثابت، وإقترحنا معالجة الأمر. وفي المطلب الأخير من هذا المبحث ناقشنا موضوع مدى تعلق الضمان بالنظام العام، وبينا أن شروط المقاولة العراقية لا تعتبر هذا الضمان من قبيل النظام العام، وكان ينبغي إعتباره كذلك وإقترحنا أن ينص القانون فيما لو أخذ المشرع بالضمان السنوي بتحريم الإتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية بموجب هذا الضمان.

وفي المبحث الأخير من هذا الفصل، ناقشنا آثار تحقق مسؤولية المقاول بموجب هذا الضمان من حيث الجزاء المترتب على الإخلال بالضمان ومسؤولية المقاول نحو الغير، وبينا دعوى الضمان وشروطها وتقادمها وإقترحنا تعديل مدة التقادم، أوضحنا مخاطر منح رب العمل سلطة تنفيذ عمليات الإصلاح على نفقة المقاول دون إذن المحكمة، وإقترحنا الحصول على إذنها قبل مباشرة عمليات الإصلاح، ثم ناقشنا تعويض صاحب العمل عن الأضرار التي أصابته من تعيب البناء وتحمل المقاول لوحده مسؤولية هذه

الأضرار وإقترحنا مد نطاق الضمان ليشمل المهندس ليكون مسؤولا أمام رب العمل بالتضامن مع المقاول ويشمل أيضا المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي. ثم تناول المطلب الثاني من هذا المبحث أسباب سقوط الضمان، وبيّنا ما يترتب على السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل الخبير في البناء، ورأينا أن نطاق القوة القاهرة أصبح ضيقا جدا في ضوء التقدم العلمي الهائل، لهذا يرى الباحث عدم التوسع فيه وإبقاءه على أضيق نطاق، وبينا موقف شروط المقاولة العراقية من حالات القوة القاهرة وأنها إستثنت الكوارث الطبيعية منها. وناقشنا بطلان الإتفاقات المسبقة على الإعفاء من المسؤولية وكذلك دور إرادة رب العمل في الإعفاء من آثار الضمان بعد تحققه.

وأخيرا، إختتمنا الدراسة بخاتمة تتضمن أهم الإستنتاجات التي توصلنا اليها، وتوصياتنا في ضوء ما أسفرت عنه الدراسة، وأهمها أن يتدخل المشرع العراقي بنص صريح في القانون المدني العراقي ويأخذ بهذا الضمان ويحدد أحكامه ونطاقه وشروطه وطبيعته في قواعد قانونية تفصيلية آمرة بنظام قانوني شامل لضمانات المقاول.

آمل أن تكون هذه الدراسة نافعة ومفيدة وتحقق الغرض المقصود منها في خدمة العدل والقانون، وأسأل الله العفو والمغفرة.

الملحق (١)

النصوص القانونية المتعلقة بالضمان السنوي في كل من القانون الفرنسي والمصري والعراقي

نص المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي وفق نص القانون رقم ٨٧-١٢ لسنة ١٩٧٨ بفقراتها الست والمتعلقة بضمانات المقاول بما فيها ضمان تمام الإنجاز[1]:

Article 1792

(Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 Journal Officiel du 4 janvier 1967 en vigueur le 1er juillet 1967)

(Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979)

Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.

Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère.

Article 1792-1

(inséré par Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979)

1- النص الفرنسي مأخوذ من الموقع الألكتروني الرسمي للحكومة الفرنسية:
/http://www.legifrance.gouv.fr

Est réputé constructeur de l'ouvrage :

1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ;

2° Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ;

3° Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage.

Article 1792-2

(inséré par Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979)

La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un bâtiment, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages mentionnés à l'alinéa précédent lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage.

Article 1792-3

(inséré par Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979)

Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage.

Article 1792-4

(inséré par Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979)

Le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792, 1792-2 et 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en oeuvre,

sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré.

Sont assimilés à des fabricants pour l'application du présent article :

Celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à l'étranger ;

Celui qui l'a présenté comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son nom, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif.

Article 1792-5

(Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979)

(Loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990 art. 2 Journal Officiel du 22 décembre 1990 en vigueur le 1er décembre 1991)

Tout clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite.

Article 1792-6

(inséré par Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979)

La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement.

La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception.

Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné.

En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant.

L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est

constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement.

La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage.

Article 2270

(Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 Journal Officiel du 4 janvier 1967 en vigueur le 1er juillet 1967)

(Loi n° 78-12 du 1 avril 1978 Journal Officiel du 5 janvier 1979 en vigueur le 1er janvier 1979)

Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article.

ترجمة المواد

المادة ١٧٩٢:

"كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل أو من تؤول اليه ملكية العمل، عن الأضرار، حتى تلك الناتجة عن عيب الأرض، التي تعرض للخطر متانة العمل وصلابته أو التي تصيبه في أحد عناصره التأسيسية، أو أحد عناصره التجهيزية والتي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله. وتنتفي هذه المسؤولية إذا ما أثبت المعماري إن الأضرار ترجع الى سبب أجنبي".

المادة ١٧٩٢-١:

يعتبر معماريا يتولى تشييد عمل في هذا القانون:

١. كل مهندس معماري، فني، أو أي شخص آخر يرتبط مع صاحب العمل بعقد مقاولة.

٢. كل شخص يبيع العمل بعد إتمام تشييده، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين.

٣. كل شخص يقوم بمهمة تشابه مهمة مؤجر العمل (المعماري)، على الرغم من أنه يتصرف بأعتباره وكيلا عن مالك البناء.

المادة ١٧٩٢-٢:

تمتد قرينة المسؤولية المقررة في المادة ١٧٩٢ لتشمل أيضا الأضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء، ولكن فقط إذا كانت تلك العناصر تشكل جسماً، على نحو غير قابل للإنفصال، مع أعمال المنافع العامة للمبنى، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه، بهيكله، بأسواره، أو بمظلاته، ويعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسماً، على نحو غير قابل للإنفصال، مع أحد الأعمال المشار اليها في هذه الفقرة، كلما إستحال تركيب العنصر أو رفعه أو إستبداله دون تهدم أو إتلاف أو رفع مواد من هذا العمل المشار اليه.

المادة ١٧٩٢-٣

تخضع باقي عناصر تجهيز العمل لضمان كفاءة الأداء لفترة لا تقل عن سنتين من تاريخ التقبل (المرسوم رقم ٢٠٠٥-٦٥٨ في ٨ حزيران ٢٠٠٥).

المادة ١٧٩٢-٤:

كل صانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر من عناصر التجهيز في العمل، صممت وأنتجت لكي تفي بأغراض خاصة به وفقا لمواصفات دقيقة معينة سلفا، يكون مسؤولا مسؤولية تضامنية عن الإلتزامات المفروضة في المواد ١٧٩٢، ١٧٩٢-٢، ١٧٩٢-٣ من القانون المدني، والملقاة على عاتق المقاول الذي قام بإستعمال هذا العمل او الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي فيه، طبقا للقواعد الموضوعة من قبل الصانع، ودون إجراء أي تعديل عليها.

ويكون في حكم الصانع في هذه المادة، من يستورد عملا مصنوعاً، أو جزءاً من عمل مصنوع، أو عنصرا من عناصر التجهيز في العمل مصنوع بالخارج، كذلك من يقدم العمل المصنوع على أساس أنه من صنعه، وذلك بوضع إسمه أو ماركته أو أي علامة مميزة له عليه.

المادة ١٧٩٢-٥:

يقع باطلا كل شرط في العقد يكون من مقتضاه إستبعاد المسؤولية المنصوص عليها في المواد ١٧٩٢، ١٧٩٢-١، ١٧٩٢-٢ أو الحد من هذه المسؤولية أو إستبعاد الضمانات المنصوص عليها في المواد ١٧٩٢-٣ و١٧٩٢-٦ (القانون رقم ٩٠-١١٢٩ في ١٩ ديسمبر ١٩٩٠) أو التضييق من نطاقه، أو إستبعاد التضامن المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢-٤ أو الحد منه.

المادة ١٧٩٢-٦:

يقصد بالتقبل في هذا القانون، التصرف الذي يعلن فيه صاحب العمل أنه قد قبل العمل، سواء بتحفظ أبداه أو بدون تحفظ، ويتم التقبل بناءا على طلب

الطرف الأكثر حرصاء أما وديا أو إذا تعذر ذلك بناءا على حكم القضاء، وفي جميع الأحوال ينبغي النطق بالتقبل في حضور جميع الأطراف المعنيين.

يمتد ضمان تمام الإنجاز الذي يلتزم به المقاول في أثناء سنة من وقت التقبل، الى إصلاح كل خلل أشار اليه صاحب العمل، سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التقبل، أو بأخطار كتابي بالنسبة للعيوب الأخرى التي لم يتم إكتشافها إلا بعد التقبل.

وتحدد المدد اللازمة لإجراء الإصلاحات بالإتفاق بين صاحب العمل والمقاول المعني.

وفي حالة عدم الإتفاق، أو في حالة عدم التنفيذ في المدة المحددة، يجوز لصاحب العمل، بعد إعذار المقاول، أن ينفذ هذه الإصلاحات على نفقة المقاول المسؤول.

ويثبت تمام تنفيذ الأعمال التي يتطلبها ضمان تمام الإنجاز، بإتفاق الأطراف، وإلا بواسطة القضاء. ولا يشمل هذا الضمان الأعمال اللازمة لمعالجة الآثار المترتبة على الإستهلاك أو الإستعمال.

المادة ٢٢٧٠ (الخاصة بالتقادم):

كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تنعقد مسؤوليته طبقا للمواد ١٧٩٢ الى ١٧٩٢-٤ من هذا القانون، يتحلل من المسؤوليات والضمانات الواقعين على عاتقه طبقا للمواد ١٧٩٢-٢ بأنقضاء عشر سنوات من تاريخ تقبل الأعمال، أو طبقا للمادة ١٧٩٢-٣ بأنقضاء المدة المنصوص عليها في هذه المادة.

نص المادتين ٤٩ و٥٠ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية المتعلقتين بضمان الإلتزام بالصيانة:

المادة التاسعة والأربعون: شهادة الإستلام:

١- حالما يكون في رأي المهندس أن الأعمال الدائمة قد أكملت بصورة أساسية (أي أكملت بالدرجة التي يمكن معها الإستفادة منها للغرض الذي أنشأت من أجله) وإنها إجتازت بنجاح أي فحص نهائي قد تنص عليه المقاولة، فعلى المهندس عند تسلمه تعهدا تحريرياً من المقاول بأكمال أي عمل متبق خلال مدة الصيانة وبالصورة التي يقررها المهندس، إصدار شهادة الإستلام للأعمال متضمنة تاريخ إكمال الأعمال وبدء مدة الصيانة. ويعتبر صاحب العمل قد إستلم الأعمال من المقاول إعتبارا من تاريخ صدور هذه الشهادة، وعلى المهندس إصدار مثل هذه الشهادة لأي قسم من الأعمال أكمل كما تقدم قبل إكمال الأعمال بأجمعها وبناءً على طلب تحريري من المقاول كذلك لأي جزء أساسي من الأعمال قد أكمل على نحو يرضي المهندس وأشغل أو إستعمل من صاحب العمل.

٢- يعتبر تاريخ إكمال الأعمال المثبت في شهادة الإستلام المشار اليها في الفقرة (١) من هذه المادة هو التاريخ الذي يتوقف عنده إستقطاع الغرامات التأخيرية (إن وجدت) المشار اليها في المادة الثامنة والاربعين من هذه الشروط.

٣- أن شهادة الإستلام الممنوحة طبقا للأحكام المذكورة آنفا لأي قسم من الأعمال التي أشغلت أو إستعملت كما سبق ذكره لا تعتبر تأييدا لأكمال أية أعمال تتعلق بأعمال الموقع أو المظاهر الخارجية مما يتطلب إعادتها الى وضعها السابق إلا إذا ذكر ذلك صراحة في تلك الشهادة.

المادة الخمسون: الصيانة

١- مدة الصيانة:

يقصد بتعبير مدة الصيانة الوارد في هذه الشروط مدة الإثني عشر شهرا (إلا إذا نص على خلافه في المقاولة) التالية لتاريخ إكمال الأعمال المثبت في شهادة الإستلام الصادرة بموجب المادة ٤٩ من هذه الشروط. أما في حالة قيام المهندس بأصدار أكثر من شهادة واحدة بموجب المادة المذكورة فإن مدة الصيانة تحتسب من التواريخ المثبتة بتلك الشهادات وينصرف تعبير الأعمال فيما يخص مدة الصيانة في حالة تعدد الشهادات الى القسم الذي تعنيه تلك الشهادة.

٢- تنفيذ أعمال الصيانة:

أ- من أجل أن تكون الأعمال مطابقة من جميع النواحي لمتطلبات المقاولة بأستثناء الإندثار المعقول أثناء مدة الصيانة فقط وبحالة جيدة وكاملة تحوز رضاء المهندس يجب على المقاول بناء على كشف يجريه المهندس أو من ينوب عنه قبل إنتهاء مدة الصيانة أن يقوم بجميع التصليحات والتعديلات وإعادة الإنشاء وملافاة وإكمال النواقص والعيوب والشقوق أو أية عيوب أخرى قد يطلب المهندس إصلاحها تحريريا من المقاول أثناء مدة الصيانة أو خلال أربعة عشر يوما من تاريخ إنتهائها.

ب- على المقاول أن يقوم بجميع أعمال الصيانة المنصوص عليها في الفقرة ٢-أ من هذه المادة على حسابه الخاص إذا رأى المهندس أن هذه الأعمال كانت نتيجة إستعمال مواد أو مهارة عمل لا تتفق وأحكام المقاولة أو نتيجة إهمال المقاول أو عجزه عن مراعاة أية إلتزامات منصوص عليها صراحة أو ضمناً في المقاولة. أما إذا رأى المهندس أن هذه الأعمال نشأت عن اية أسباب أخرى فإن قيمتها يجب دفعها على أساس أنها أعمال إضافية بعد التحقق منها.

٣- عجز المقاول عن تنفيذ أعمال الصيانة:

إذا لم يقم المقاول بأي من الأعمال التي يطلبها المهندس كما مبين في الفقرات السابقة من هذه المادة فلصاحب العمل دون الرجوع الى المحكمة لإستحصال إذن خاص بذلك القيام بتلك الأعمال بنفسه أو بواسطة مقاولين آخرين على مسؤولية المقاول (دون الإنتقاص من أية حقوق أخرى لصاحب العمل بموجب المقاولة) وإذا كانت مثل هذه الأعمال مما يوجب على المقاول القيام بها على حسابه الخاص بموجب المقاولة فلصاحب العمل مطالبة المقاول بمصاريف تلك الأعمال أو إستقطاع مبالغها من أية مبالغ مستحقة للمقاول أو قد تستحق له.

نص المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المتعلقة بضمان حسن تنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل

"يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل- لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت، وذلك دون إخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني أو أي قانون آخر. والمقاول مسؤول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان طبقا لشروط التعاقد. فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب، يقوم بإصلاحه على نفقته، وإذا قصر في إجراء ذلك، فللجهة الإدارية أن تجريه على نفقته وتحت مسؤوليته".

الملحق (٢)

النص المقترح إضافته للقانون المدني العراقي بشأن ضمان الإلتزام بالصيانة:

المادة ٨٧٠ مكرر:

١- يضمن المقاول والمهندس وخلفهما العام والخاص بالتضامن بمواجهة رب العمل وخلفه العام والخاص ما يظهر من عيوب ظاهرة وخفية في البناء أو المنشأ الثابت الذي تعاقدا على إنشائه، أو ترميمه، أو إصلاحه، أو تأهيله، مما لا يدخل في نطاق المادة ٨٧٠ من القانون المدني، خلال مدة سنة واحدة إعتبارا من تاريخ التسليم الإبتدائي، عدا ما يظهر منها نتيجة الإستعمال العادي أو الإستهلاك الطبيعي.

٢- يضمن المقاول من الباطن وخلفه العام والخاص بمواجهة المقاول الأصلي وخلفه العام والخاص ما يظهر من عيوب ظاهرة وخفية في البناء أو المنشأ الثابت الذي تعاقد على إنشائه، أو ترميمه أو إصلاحه أو تأهيله مما لا يدخل في نطاق المادة ٨٧٠ من القانون المدني، خلال مدة سنة واحدة إعتباراً من تاريخ التسليم الإبتدائي، عدا ما يظهر منها نتيجة الإستعمال العادي أو الإستهلاك الطبيعي.

٣- تكون مدة الضمان في حال الإتفاق على أن تبقى هذه المباني أو المنشآت الثابتة أقل من سنة واحدة، بالعمر المتفق عليه في العقد لهذه المنشآت.

٤- يجوز لصاحب المصلحة في حال تقصير الطرف المعني في تنفيذ عمليات الإصلاح أن ينفذها على نفقة المقصر وتحت مسؤوليته، بعد إستحصال إذن المحكمة.

٥- يقع باطلا كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان.

٦- تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بأنقضاء ثلاثة إشهر إعتباراً من وقت علم صاحب المصلحة في الدعوى بظهور العيب.

٧- يعفى المقاول من إلتزاماته التعاقدية في حال حصول أي واقعة أو ظرف إستثنائي غير متوقع ولم يكن بالوسع تجنبه أو تفاديه ويكون خارجا عن إرادة الطرفين، مما يمنعه من القيام بإلتزاماته التعاقدية.

٨- يلغى كل نص يتعارض مع نصوص هذه المادة.

قائمة المراجع

١. القوانين:

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق- حزيران- ١٩٧٣.
- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧
- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨
- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- قانون المناقصات والمزيدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
- اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩
- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨
- قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.
- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ وتعديلاته.
- قانون التشييد والإسكان الفرنسي.
- كراسة الشروط العامة لسنة ١٩٧٦
- القانون المدني التونسي- مجلة الإلتزامات والعقود- رقم ١٥ لسنة ١٩٠٦.
- القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥.

- قانون إنشاء المحاكم التجارية المغربي رقم ٥٣,٩٥ في ٦ يناير ١٩٩٧.
- قانون المحاكم التجارية اليمني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٣.
- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- قانون التحديد الإنجليزي ١٩٣٩ Limitation Act
- قانون المشتريات الفدرالي الأمريكي Federal Acquisition Regulations

٢- المراجع باللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

- د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، مكتبة عبدالله وهبه، مصر، ١٩٦٦.
- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام والإثبات، مكتبة عبدالله وهبه، مصر، ١٩٦٧.
- د. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، (بلا دار نشر)، ط١، ١٩٦٧.
- د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أركان العقد، مطبعة غنم للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٦.
- إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاءً، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط١، ١٩٩٩
- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- المستشار أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط١، ٢٠٠٢.
- د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.

- د. أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام "أحكام الإلتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري- الجزء الثاني- الواقعة القانونية- ديوان المطبوعات الجامعية- بن عكنون، الجزائر.
- د. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام (القسم الثاني) أحكام الإلتزام، الأسراء للطباعة، ٢٠٠٠.
- د. حسني المصري، القانون التجاري- العقود التجارية، ط١، ١٩٨٧-١٩٨٨.
- حسين عامر، المسؤولية المدنية، مطبعة مصر، القاهرة، ط١، ١٩٥٦.
- د. زكي زكي الشعراوي، العقود التجارية في القانون والفقه والقضاء المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة ط٥، ١٩٩١.
- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.
- د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ١٩٧١.
- د. عباس الصراف، المسؤولية عن فعل الغير في القانون المصري (بلا دار نشر او سنة طبع).
- د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، جـ١، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، العراق، ١٩٧٢.
- د. عبدالباقي البكري، تنفيذ الإلتزام، (بلا دار نشر)، بغداد، ١٩٧١.
- د. عبدالباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦.
- د.عبدالحي حجازي، العقود التجارية، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤،
- د. عبدالخالق حسن، النظرية العامة للإلتزام، (بلا دار نشر) ١٩٨٩.
- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة،ط٢، ١٩٨٩.

- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٨٩.
- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٩.
- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، المجلد الاول، تنقيح المستشار مصطفى محمود الفقي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢.
- د. عبدالرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية،
- عبدالقادر الفار، أحكام الإلتزام، مكتبة دار الثقافة للجميع، عمان، ط٣، ١٩٩٦.
- عبداللطيف الحسني، المسؤولية المدنية، (بلا دار نشر أو سنة طبع).
- د. عبدالمجيد الحكيم، وآخرون، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، ١٩٨٠.
- د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في احكام الإلتزام، (خال من دار النشر) ط ٣، ١٩٧٧.
- د.عبدالمجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، في إنعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية.
- د. عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، المصادر (بلا دار نشر أو سنة طبع).
- د. عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام (آثاره، أوصافه، انتقاله، انقضاؤه)، (بلا دار النشر) ١٩٩٢
- د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، (بلا دار نشر)، ١٩٧١.
- المستشار عزالدين الدناصوري ود. عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية فقهاً وقضاءً، (بلا دار نشر) ١٩٨٨.
- د.علي جمال عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

- د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٢، (بلا سنة طبع).
- د. علي فيلالي، إلتزامات العمل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، الجزائر (بلا سنة طبع).
- د. علي نجيده، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار الثقافة العربية، ط٢، ٢٠٠١.
- د. كامل محمد مرسي، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة- الجزء الرابع- عقد العمل، وعقد المقاولة وإلتزام المرافق العامة- دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٣.
- مجموعة من المؤلفين، شريعة حورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة أسامة سراس، دار علاء الدين، دمشق، سوريا، ط٢، ١٩٩٣.
- د. محمد السعيد رشدي، أحكام عقد البيع، (بلا دار نشر)، ط٢، ٢٠٠٣.
- د. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للإلتزام (في القانون المدني المصري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، (بلا دار نشر أو سنة طبع).
- محمد قمر، الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، الجزء السابع، دون طبعة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،، ٢٠٠٣.
- محمد نصر، الضرر كاساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، (بلا دار نشر)، ١٩٧٨.
- د. محمد وحيد الدين سوار، مصادر الإلتزام، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ١٩٧٦.
- د. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بأعتباره مصدرا للإلتزام- القواعد العامة والقواعد الخاصة- دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥.
- د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد- مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية (بلا دار نشر)، ط٣

- د. مصطفى عبدالحميد عدوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، (بلا دار نشر)،القاهرة، ١٩٩٦.
- د. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية) الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢.
- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي، دروس في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، (بلا دار النشر وسنة الطبع).
- د. وهبه الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، (بلا دار نشر).
- د. يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، القسم الأول، (بلا دار نشر)، ٢٠٠٢.

ب- المراجع المتخصصة:

- د. السيد محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، ١٩٩٤.
- أحمد سعيد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ط١، الأردن، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، ١٩٨٧.
- أحمد سمير أبو شادي، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات، ١٩٦٦.
- د. أحمد شرف الدين، عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها، (بلا دار نشر)، ٢٠٠٨.
- د. أحمد عبدالعال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية، (بلا دار نشر). ٢٠٠٢-٢٠٠٣.
- د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري- البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠١
- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الإيجار- المقاولة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٧٢.

- د. حامد الشريف، المشكلات العملية في جريمة البناء بدون ترخيص، ط٢، ١٩٩٤
- د. سعيد سعد عبدالسلام، الوجيز في العقود المسماة، مقاولة- بيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- د. عبدالناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، مصر، ط٢، ١٩٧٢.
- عصام عبدالفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات واعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- د.فتيحة قرة، احكام عقد المقاولة، دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لأهم عقود المقاولة مدعمة بكافة أحكام محكمة النقض الصادرة في هذا الشأن في ٥٥ عاما، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧.
- د. فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، (بلا دار نشر وسنة طبع)
- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢.
- د. كاسب بن عبدالكريم البدران، عقد الإستصناع أو عقد المقاولة، في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الرياض، ١٤٠٤هـ ط٢.
- د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء- دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي- (بلا دار النشر) ط١، ١٩٨٩.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط٢، ٢٠٠٤.
- د. محمد ناجي ياقوت،عقد المقاولة، (بلا دار نشر)، ١٩٩٧.

- د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٤
- محمد عبدالرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، (بلا دار النشر)، ١٩٧٧.
- د. مدحت محمد محمود عبدالعال، الإلتزامات الناشئة عن تقديم برامج المعلومات (المقاولة- البيع- الإيجار)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د. نبيلة رسلان، عقد المقاولة، (بلا دار نشر)، ١٩٩١.

ج- المجلات والدوريات:

- د. رجب، مصطفى، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى- التجربة الفرنسية الجديدة والقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السابع، العدد (١ و٢) لسنة ١٩٨٨.
- د. صلاح الدين الناهي، طبيعة ضمان المهندسين المعماريين والمقاولين سلامة المباني والمنشآت الثابتة، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد ٣ لسنة ٣١ ١٩٧٦، صادرة من نقابة المحامين العراقية.
- د. عبدالودود يحيى، مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها، مجلة مصر المعاصرة، السنة السبعون، ابريل ١٩٧٩.
- د. غنام محمد غنام، قضية عمارة الموت بمصر الجديدة، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٤.
- محمد كامل أمين ملس، بحث في التشريع والقضاء التجاريين منشور في مجلة المحاماة- مصر- العدد السادس- لسنة ١٩٤٩- النسة العشرون.
- مدحت المحمود، القضاء في العراق، منشور في النشرة القضائية الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى في العراق، أكتوبر ٢٠٠٩.
- د. وهبة مصطفى الزحيلي، عقد المقاولة شرعاً وقانوناً، بحث مقدم الى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة عشرة، ١١/١/٢٠٠٣-١٦/١/٢٠٠٣، الدوحة- قطر.

د- الرسائل العلمية:

- د. عبدالرزاق حسين يس، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
- عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر، التزامات المقاول والمهندس ومسؤوليتهما في عقد المقاولة في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، عين شمس، ٢٠٠١.
- عبسي عبدالقادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- علي عبدالرحيم المريشد، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس في عقد المقاولة الأردني، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠١.
- د. عمرو طه بدوي محمد علي، الإلتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.
- محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٥.
- د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية- دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق- القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، الاوامر التغييرية في عقد المقاولة، دراسة مقارنة في كل من القانون الاردني والمصري وشرط عقد المقاولة (الفيديك)، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠٤.
- نصرون وردية، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مالك البناء، المهندس المعماري (المصمم، المشرف على التنفيذ) والمقاول، رسالة ماجستير، معهد الحقوق- إبن عكنون- جامعة الجزائر، ٢٠٠١.
- وليد عبدالرحمن اسماعيل مزهر، إلتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة- ٢٠٠١.

هـ- الأحكام القضائية:

- الأحكام القضائية العراقية:

- حكم محكمة تمييز العراق رقم ١٥٨٨/ح/٦٨ في ١٩٦٩/٤/٢٣
- حكم رقم ٦٥٦/حقوقية/ ٦٩ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، ص ٣٧٣ في ١٩٦٩/١٠/٢١.
- حكم محكمة التمييز في العراق رقم ٥٧٩/ح/٩٥٨ منشور في مجلة القضاء العدد الثالث- مايس- حزيران ١٩٥٨، السنة ١٦، ص ٤٤٨.
- حكم محكمة التمييز في الدعوى ١١٦/١/ هيئة عامة أولى/ ١٩٧٢بتاريخ ١٩٧٢/٣/٣١.
- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٦٥٦/ حقوقية/ ٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/١٠/٢١، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق- المجلد السادس، ص ٣٧٣.
- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٢١٢٣/ حقوقية/ ١٩٥٦ في ١٩٥٦/١٢/١٥، منشور في مجلة القضاء- السنة ١٥، العدد الثالث، يونيو- حزيران ١٩٥٧، ص ٤٢٥.
- محكمة بداءة الحلة في قرارها الصادر في ١٩٦٧/١٠/٩ بالأضبارة البدائية المرقمة ١٧٣/ ب/١٩٦٦.
- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٩٥٣/ حقوقية/ هيئة عامة، في ١٩٦٩/١٠/١٨ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة في ١٩٦٩ ص ٣٦٧.
- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٦٥٦/ حقوقية/ ٦٩ صادر بتاريخ ١٩٦٩/١٠/٢١، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق- المجلد السادس، ص ٣٧٣.
- حكم محكمة بداءة بغداد الصادر في ١٩٧٢/٤/٥ بالدعوى البدائية المرقمة ٩٦/ ب/ ١٩٧١
- حكم محكمة إستئناف بغداد الصادر في ١٩٧٢/٧/٨ بالدعوى الإستئنافية رقم س /١٩٧٢/١٠١.
- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٨٤٠/ مدنية أولى/ ١٩٧٢ صادر في ١٩٧٣/٧/٢٢.
- حكم محكمة تمييز العراق رقم ١٥٦/ مدنية ثانية/ ١٩٧١ في ١٩٧٢/١٢/١٦ منشور في مجلة القضاء العراقية، السنة ٢٧، العدد الثاني، ص ٢٠٢

- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٢١١/ هيئة عامة أولى/ ١٩٧٣ صادر في ١٩٧٤/٢/٢٦ منشور في مجلة القضاء- السنة ٢٩، العددان الثالث والرابع، ص ١٥٨-١٥٩.

- حكم محكمة تمييز العراق رقم ٨/ إستئنافية/ ١٩٧١ في ١٩٧١/٥/٦، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثانية، ت٢ ١٩٧٢، ص ١٦٦.

- حكم محكمة إستئناف نينوى رقم ٣٧/ س/ ٩٨٣ بتاريخ ١٩٨٤/٦/٢٥.

- **الأحكام القضائية المصرية:**

- نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ س ٢١ ص ١١٤٩.

- الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٢٦ ق- جلسة ١٩٦٢/٥/٣١.

- نقض في ١٩٦٩/١١/١١، الطعن رقم ٣١١ لسنة ٣٥ ق.

- إستئناف القاهرة، ١٦ فبراير ١٩٥٤، موسوعة عبدالمعين لطفي جمعة، رقم ٢٩٠.

- إستئناف مصر ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠، موسوعة عبدالمعين لطفي جمعة، رقم ٢٧٩.

- حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ بمجموعة الأحكام، السنة ١١، ص ١٠٤.

- جلسة ١٩٧٩/٣/١٧، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣٠، ص ٨٣٩.

- عليا – الطعنان رقما ٤٤٥ و٦٠٤ لسنة ٢٧ قضائية – جلسة ١٩٩٩/١١/٢٨

- نقض مدني في ١٥ يونية ١٩٩٤ مجموعة النقض المدني السنة ٤٥ رقم ١٩٠ صفحة ٩٩٨.

- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ١٩٨٣/٥/١٨ ملف ١٢/٢/٧٨.

- الطعن رقم ٣٧٧ سنة ٤٣ جلسة ١٩٧٧/١/٣١ س ٢٨ رقم ٦٦ ص ٣٢٢.

- المجموعة ٢٥ سنة ٤١/٤/١٧ طعن رقم ٧٦ لسنة ١٠ رقم ٥ ص ٩٧٣.

- محكمة مصر ٨ يونية ١٩٣٧، المحاماة، رقم ٣٣، ص ٥٩- مرجع القضاء ٨-٦٤.

- مدني مصري ٩ يونيو ١٩٥٥، مجموعة النقض المدني، ٦-١٦٥-١٢٣٥.

- نقض مدني مصري، ١٩٦٥/١/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، رقم ١٣، ص ٨١.

- نقض مدني مصري الطعن ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٦/ ١١/ ١٩٦٧ ص ١٧٠٧ البيانات الفنية مدني ٢٠٧١٤.

- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بجلسة ٥/١١/١٩٩٩.

- نقض، ٣١/ ٥/ ١٩٧٥، س ٢٦، ص ١٠٤٨.

- نقض، ٢٧/ ١١/ ١٩٧٣، س ٢٤، ص ١١٤٦.

- نقض مدني ٥ يناير ١٩٣٩، مجموعة عمر، جـ٣، رقم ١٥٤، ص ٤٥٣.

- مدني ٥ يناير ١٩٣٩، مجموعة عمر، جـ٢ رقم ١٥٤، ص ٤٥٢.

- الطعن ٢٣٥ س ١٦، صادر بجلسة ١٠/٦/ ١٩٦٥، رقم القاعدة ١١٧ ، ص ٧٣٦، أحمد سمير أبو شادي، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات، ١٩٦٦.

- نقض جلسة ١٢/ ٣/ ١٩٨٤، المكتب الفني لسنة ٣٥ ق، رقم ١٢٢، ص ٦٤٥.

- نقض ٣ نوفمبر ١٩٣٨، مجموعة عمر، جـ٢، رقم ١٤٥، ص ٣٩٧.

- نقض مدني اول يونية ١٩٤٤، مجموعة عمر، جـ٤، رقم ١٤٥، ص ٣٩٧.

- قرار محكمة أمن الدولة العليا في ١٢/٨/١٩٩٣ منشور في مجلة الحقوق، السنة ١٣، العدد٣، سبتمبر ١٩٩٤ ص ٣٨٣ وما بعدها.

- بنها الأبتدائية (جنح مستأنفة) ٢٨ فبراير ١٩٥٩، المجموعة الرسمية، ٥٨-١٧٤-٨٨.

- نقض مدني ٢٨/ ٤/ ١٩٧٨، مجموعة احكام النقض، س ٣٨ رقم ١٣٦ ص ٦٣٨.

- الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ قضائية، جلسة ٨/ ١٢/ ١٩٦٦، س ١٧، صفحة ١٨٣٠

- نقض مدني، في ٢/ ٤/ ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ٦٨٩.

- الأحكام القضائية الفرنسية:

- Cass. Civ. Ire, 19 fev. 1968. P. 393, Bull. Civ. I. No 69.

- محكمة إستئناف باريس في ٢٦/ ١٢/ ١٩٤٦ ومحكمة إستئناف ليون في ٣٠/ ١٢/ ١٩٥٣.

-Cass.civ. 21/11/2000, Rev. dr. imm. 2001, p. 80, note Malinvaud (ph).

- واستئناف مختلط ٢٩ أبريل ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩.
- إستئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٧٤.
- نقض مدني فرنسي في ١١ يونية سنة ١٩٦٥- سيريه دالوز ١٩٦٥- ص ١١٨- قسم الأحكام المختصرة.

-Cass. Civ. 7/3/1990, Bull. Civ. 1990. III, n° 69, p. 37

-Cass.civ. 20/12/1993, Bull civ. 1993 III, n°122

-Cass. Civ. 3e 13 Av. 1988 Dalloz IR, p. 115.

- نقض مدني فرنسي، ٢٨ أكتوبر ١٩٧٥، بولتان، فقرة ٩٣، ص ٧٣،
- نقض مدني فرنسي في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١- دالوز ١٩٣١، ص ٥٦٩.
- إستئناف مختلط ٢٤/٦/١٩٠٣ م١٥ ص ٣٦، ٢٢/١/١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٩.
- إستئناف مختلط، ٢٨/٣/١٩٠١، بولتان ١٣ ص ٢٢١.

-Cass. Com. 3 Oct 1989, JCP 1990, 11, 21423, sion M. Jepl.

- أحكام قضائية أخرى:

- قرار محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق، رقم ٥٧/٨٤ منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، صفحة ١٧٦٩ لسنة ١٩٨٤،
- حقوق رقم ١١٣٣/١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين الأردنية، ص ١٩٤٩، جـ٦، سنة ١٩٨٩.
- قرار تمييزي أردني رقم: حقوق رقم ٨٨٢/٨٨، مجلة نقابة المحامين، ص ١٧٥٣، ١٩٩٠
- حكم للمحكمة العليا الإنجليزية في قضية Dick V. Jullien 1922 279 F. 993
- حكم المحكمة العليا الجزائرية في القضية رقم ٥٣٣٠٦ بين مؤسسة ميناء وهران و(م.هـ) قرار ١١/٥/١٩٨٨ م.ق سنة ١٩٩١، عدد ٢، ص ١٤ و١٥ و١٦.
- حكم المحكمة العليا في نبراسكا بالولايات المتحدة في قضية Friederick V. County of Wood 152
- حكم محكمة إستئناف سانت لويس بولاية ميسوري الأمريكية في قضية Whaley et al. V Milton Conste Co. 241 S.W 2nd, 23

- حكم للمحكمة العليا في لويزيانا الأمريكية في قضية Bracher V. City of Alexandria, 41 So. 2nd 819
- حكم للمحكمة العليا في لويزيانا الأمريكية في قضية Rowson V. Fuller, 230 S.W. 2nd 355
- حكم للمحكمة العليا الإنجليزية في قضية Howx V. Colonial Government 1901 18 Cape of Good Hope
- حكم للمحكمة الإنجليزية العليا في قضية Brecknock Aber Gavemy, Canal Navigation Co. V. Pritchard 1790 Rep. 750

٣- المراجع باللغة الفرنسية:

a. Boubli, Le contrat d' enterprise ed. D ensyclopide 1981.

b. Bigot, La reforme de l'assurance construction, ed. L'arhus, Paris, 1980.

c. Sizaire (D) et Hugot (J), Le contrat de construction d'une maison individuelle. Ed. Litec, 1992.

d. A. Caston, La reforme de la responsabilite et de la l'assurance dans le dommaine de la costruction, A.J.D.A. 1978.

e. Carbonnier, effet de la reception des travaux sur la responsibilie des entrepreneurs batiment quant aux menus ouvrages, Rev. Trim dr. civ. 1958.

٤- المراجع باللغة الإنجليزية:

a. Emden & Gill's, Building contracts & Practice, Butterworths, 7th edition, London, 1969.

b. Hinze, Jimmie: Construction Contracts, 2nd edition, United States, McGraw-Hill, 2001,

c. I. Vermon Werbin, Legal cases for contractors, architects, and engineers, Supra, 1955, P. 422

d. Harold D. Hauf, Building contracts for design and construction, 1968

e. I.N. Duncan Wallace, Hudson's Building and Engineering Contracts, Sweet & Maxwell, UK, 1970,

f. Construction contract law, John Adriaanse, Palgrave Macmillan, New York, 1st edition 2005.

٥- المواقع الألكترونية:

- الموقع الألكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق: /www.iraqja.org/researches

- الموقع الألكتروني للإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين الفيديك: http://www.fidic.org

- الموقع الألكتروني لمركز الدراسات الستراتيجية والدولية- واشنطن- الولايات المتحدة الأمريكية: .www.csis.org

- الموقع الألكتروني الرسمي للحكومة الفرنسية:

/http://www.legifrance.gouv.fr

الفهرس

